

Voraussetzungen und Verfahren der Gewährung von Schlechtwettergeld

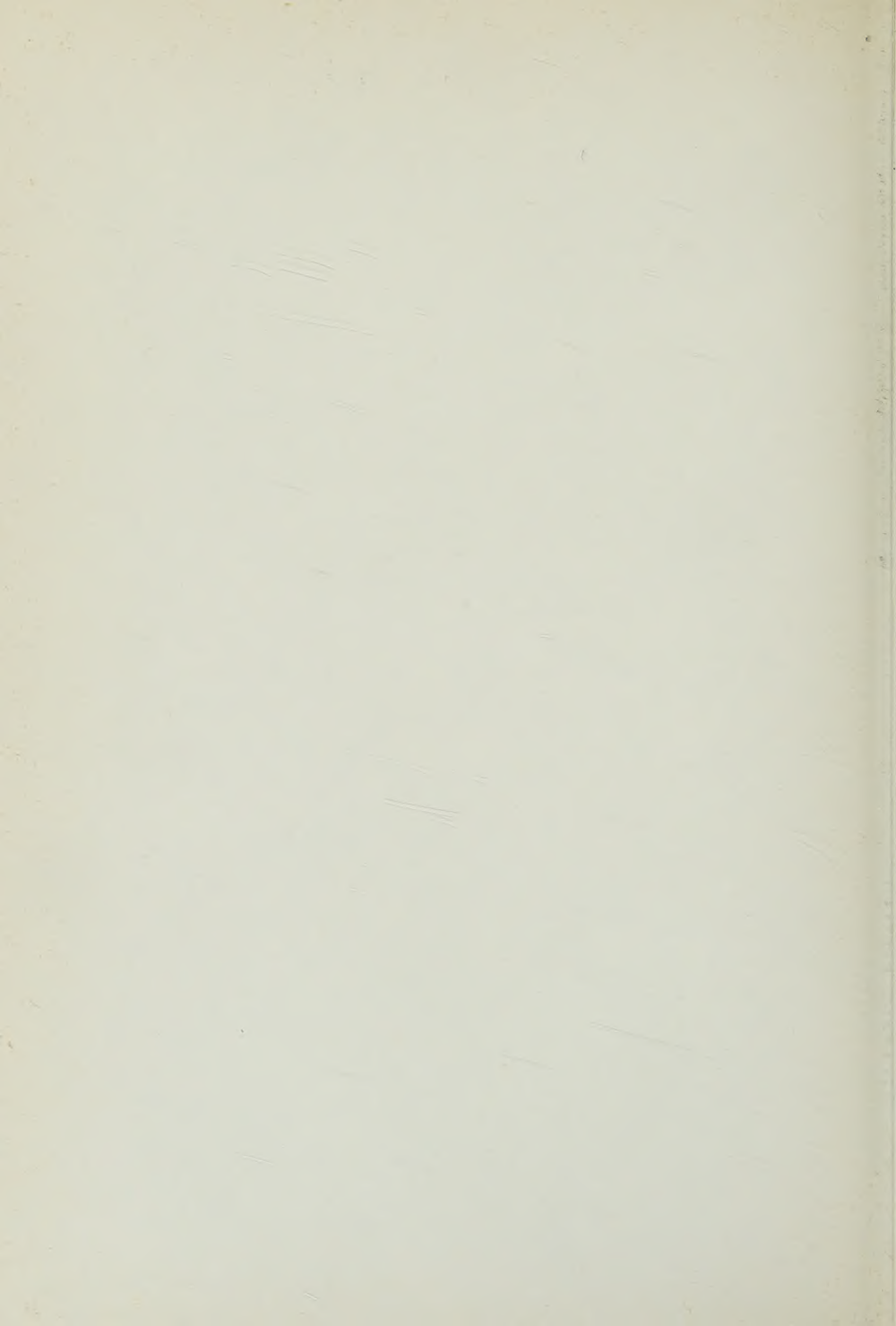
von

Peter Link
aus Augsburg

1965 # 40



Digitized by the Internet Archive
in 2026



VORAUSSSETZUNGEN UND VER-
FAHREN DER GEWÄHRUNG VON
SCHLECHTWEITERGELD

Inaugural-Dissertation
der Juristischen Fakultät
der Friedrich-Alexander-Universität
Erlangen - Nürnberg

vorgelegt von

PETER LINK

aus Augsburg

Referent: Professor Dr. L. Schnorr von Carolsfeld
Tag der mündlichen Prüfung: 26. Februar 1965



Meiner Mutter gewidmet



Inhaltsverzeichnis

Inhaltsübersicht

Literaturverzeichnis

Abkürzungsverzeichnis

I-V

VI-XXXII

XXXIII-XXXVI

Inhaltsübersicht

Erstes Kapitel:

Einführung	1
A) Die Winterarbeitslosigkeit der Bauarbeiter.	1
I.) Die Gründe der Winterarbeitslosigkeit.	2
II.) Auswirkungen der Saisonarbeitslosigkeit.	3
B) Abgrenzung dieser Arbeit.	5
I.) Zielgleiche Normen.	5
II.) Die durch den Sinn dieser Arbeit gesetzten Schranken	7
III.) Auszuklammernde Ergänzungsvorschriften und Sonderfälle	8

Zweites Kapitel:

Voraussetzungen der Gewährung von Swg	10
A) Allgemeine Voraussetzungen.	10
I.) Das Swg als Leistung eigener Art.	10
1.) Das Verhältnis zum allgemeinen Schutzsystem.	10
2.) Rechtsanspruch auf Swg.	13
3.) Der Sinn der Gewährung von Swg.	13
4.) Abgrenzung zu ähnlichen Leistungen der Arbeitslosenversicherung.	17
II.) Sonderregelung für das Baugewerbe.	19
1.) Betriebe des Baugewerbes.	19
a) Begriff des Baugewerbes.	20
b) Definition des Betriebes.	23
c) Räumliche Abgrenzung.	25
2.) Bindung an bestimmte Zeit.	26
III.) Junktum zwischen gesetzlicher und tarifvertraglicher Regelung.	28
B) Ausschluß der Kündigung aus Witterungsgründen und Anwartschaft auf Lohnausgleich.	30
I.) Erfüllung der gesetzlichen Voraussetzungen.	30
1.) Durch TV.	30
2.) Durch sonstige Vereinbarungen.	31

II.) Die generelle Erfüllung des § 143 d, I AVAVG durch die TV.	33
1.) Die Erfüllung des § 143 d I, Nr 1 AVAVG.	33
2.) Der Umfang des Ausschlusses der Kündigungen.	34
3.) Die Erfüllung des § 143 d I, Nr 2 AVAVG.	36
C) Betriebliche Voraussetzungen.	37
I.) Zwingende witterungsbedingte Gründe.	38
1.) Atmosphärische Einwirkungen.	38
2.) Die Folgewirkungen.	39
II.) Die ausschließliche Ursache des Arbeitsausfalls.	39
1.) Technische Unmöglichkeit und Unzumutbarkeit.	39
2.) Ausschließlichkeit.	42
a) Allgemeines.	42
b) Nicht geregelte Einzelfälle.	43
c) Sonderfälle bei fehlenden Winterschutzmaßnahmen.	47
d) Gesetzlich geregelte Fälle.	50
III.) Ort der Feststellung des Sw.	54
IV.) Ausfall eines vollen Arbeitstages.	56
1.) Der Begriff.	56
2.) Die Fiktion des § 143 e III AVAVG.	58
3.) Geltungsbereich des § 143 e III AVAVG.	60
4.) Zeitpunkte für die Feststellung der Kausalität des Sw.	60
V.) Die Anzeige des Arbeitsausfalls.	61
D) Persönliche Voraussetzungen für den Anspruch auf Swg.	62
I.) Der Einfluß der Staatsangehörigkeit.	62
II.) Das Arbeits- und Beschäftigungsverhältnis.	63
1.) Die Unterscheidung zwischen Arbeits- und Beschäftigungsverhältnis.	63
2.) Arbeiter mit Arbeitslosenversicherungspflicht.	65
3.) Der Fortbestand des Av bei Beginn des Sw.	66
III.) Ausnahmen.	70
1.) Die "Stammkräfte".	70
2.) Sonstige.	71
IV.) Natur und Einschränkungen des Anspruchs auf Swg.	72
1.) Natur des Anspruchs.	72
2.) Ruhen des Anspruchs.	74

a) Wegen Ersatzleistungen.	74
b) Wegen Entgeltansprüchen.	75
3.) Versagung des Anspruchs.	77
a) Verweigerung der Zwischenarbeit.	77
b) Sonstige Gründe der Versagung.	79
4.) Überleitung des Anspruchs durch Dritte.	80
Drittes Kapitel:	
Das Verfahren der Gewährung von Swg	81
A) Anzeige, Antrag und Stellungnahme.	81
I.) Die Anzeige des Arbeitsausfalls wegen Sw.	81
1.) Rechtsnatur der Anzeige.	81
a) Materielle oder formelle Voraussetzung des Anspruchs auf Swg.	81
b) Einordnung in allgemeine Schemata.	83
2.) Form und Inhalt.	85
3.) Zeitliche Grenze.	85
4.) Zuständigkeit zur Entgegennahme.	89
5.) Verzicht.	90
II.) Der Antrag auf Gewährung von Swg.	92
1.) Rechtsnatur des Antrags.	92
a) Materielle oder formelle Voraussetzung des Anspruchs auf Swg.	93
b) Einordnung in allgemeine Schemata.	93
2.) Form und Inhalt.	96
3.) Frist.	98
a) Geltungsbereich.	98
b) Die Präklusivwirkung.	101
4.) Zuständigkeit zur Entgegennahme.	112
III.) Stellungnahme.	113
B) Erstatte und Erstattungspflicht bei Anzeige des Arbeitsausfalls wegen Sw und bei Antrag auf Gewährung von Swg.	107
I. Die Erstatte.	107
1.) Der Ag und seine Vertreter.	107
a) Begriff des Ag,	107
b) Vertretung.	108
2.) Die Betriebsvertretung.	109
a) Begriff der Betriebsvertretung.	109
b) Vertretung.	110

II.) Verpflichtung zur Erstattung.	111
1.) Verpflichtung des Ag.	111
2.) Verpflichtung der Betriebsvertretung.	112
3.) Schadensersatz bei Unterlassung.	114
a) Ersatzanspruch gegen den Ag.	114
b) Ersatzanspruch gegen die Betriebs- vertretung.	116
c) Rechtsweg.	117
C) Die Entscheidung über Anzeige, Antrag und ihre Anfechtung.	118
I.) Entscheidung über die Anzeige.	118
1.) Grundlagen.	118
2.) Verpflichtung zur Erklärung.	119
3.) Rechtsnatur der Mitteilung.	121
4.) Wirkung der Mitteilung.	122
a) Anerkennung verspäteter Anzeigen.	122
b) Bindung an die Äußerung zur Anzeige.	123
5.) Auswirkung der Mitteilung.	125
a) Einfluß auf das Dispositionsrecht des Ag.	125
b) Lohnzahlungspflicht des Ag.	127
c) Ausmaß der Lohnzahlungspflicht des Ag.	130
II.) Entscheidung über den Antrag und ihre Anfechtung.	132
1.) Zuständigkeit.	132
2.) Rechtsnatur des Bescheids.	133
3.) Rechtsweg und Klageart.	135
4.) Klagebefugnis.	135
a) Klagebefugnis des materiell berechtigten Bauarbeiters.	136
b) Klagebefugnis des Ag und der Betriebs- vertretung.	137
c) Klageverpflichtung des Ag und der Betriebsvertretung.	142
5.) Notwendige Streitgenossenschaft und notwendige Beiladung.	143
D) Das Dreiecksverhältnis zwischen Ag, BA und Bauarbeiter.	147
I.) Nachweis der Voraussetzungen des konkreten Zahlungsanspruchs des Bauarbeiters.	148
1.) Umfang der Nachweispflicht.	148
2.) Nachweis oder Glaubhaftmachung.	148
3.) Verpflichtung des Ag.	149

II.) Berechnung und Auszahlung.	150
1.) Rechtsgrundlagen.	150
2.) Stellung des Ag.	151
3.) Haftung des Ag und Freiwerden des AA.	152
III.) Die Verauslagung des Swg durch den Ag.	154
1.) Begriff und Wirkung der Verauslagung.	154
2.) Stellung des Ag bei der Verauslagung.	155
3.) Anspruch des Ag gegen die BA.	156
IV.) Rückforderung der Swg-Beträge vom Bauarbeiter.	157
1.) Allgemeines.	157
2.) Rückforderung bei Verschulden des An.	158
a) Ohne Verauslagung des noch zu gewäh-	
renden Swg durch den Ag.	158
b) Bei Verauslagung des noch zu gewäh-	
renden Swg durch den Ag.	159
V.) Rückforderung bei Vertretenmüssen des Ag.	160
Viertes Kapitel:	
Ergebnisse und Vorschläge	161
A) Auswirkungen des Swg.	161
I.) Die Höhe der Inanspruchnahme des Swg und ihre	
Abhängigkeit von der Witterung.	161
II.) Rückgang der Arbeitslosigkeit.	163
III.) Förderung des Winterbaus.	164
B) Rechtsanwendung und Folgerungen.	168
I. Voraussetzungen des Swg.	168
1.) Kreis der zugelassenen Betriebe und Swz.	168
2.) Ganzjährige Arbeit.	171
a) Durch Steigerung des Arbeitswillens.	171
b) Durch Winterbaustellen.	177
3.) Persönliche Voraussetzungen.	180
II.) Die Prüfung der Voraussetzungen.	181
III.) Erfahrungen mit den Verfahrensvorschriften.	181
1.) Anzeige des Arbeitsausfalls.	181
a) Heilung von Mängeln der Anzeige.	181
b) Rechtsgrundlage für "Entscheidungen"	181
über den angezeigten Arbeitsausfall.	181
2.) Pflichten der Betriebsvertretung.	182
3.) Sonstiges.	182
IV.) Erhöhung der sozialen Sicherheit der	182
Bezieher von Swg.	184
C) Schlußbemerkung.	184
	186

Literaturverzeichnis

I.) Autoren

- AHL Gerhard Zum Problem der Winterarbeits-
losigkeit im Baugewerbe
SozSich 58, S. 359 ff
- anonym Rückblick und Ausblick an der
Jahreswende
ErsK 61, S. 1 ff
- anonym Sozialversicherungsrechtliche
Behandlung des Lohnausgleichs
im Baugewerbe
DOK 60, S. 31 ff
- anonym Wirtschaftspolitik und Sozial-
politik
DOK 59, S. 497 ff
- anonym Zum Zeitgeschehen
KVg 60, S. 213 ff
- anonym Förderung der ganzjährigen Be-
schäftigung in der Bauwirt-
schaft
BlStSozArbR 60, S. 120 ff
- anonym Rückblick und Ausblick an der
Jahreswende
ErsK 60, S. 1 ff
- anonym Drittes Änderungsgesetz zum
AVAVG
ErsK 60, S. 156
- anonym Rückblick und Ausblick an der
Jahreswende 1961/62
ErsK 62, S. 1 ff
- anonym Bauarbeiter bestimmen den Ar-
beitsmarkt
KVg 58, S. 93 (Abdruck)
- anonym Zur Schlechtwetterregelung des
Baugewerbes
ArbGeb 61, S. 565 ff
- anonym Winterbau - nur statistischer
Erfolg
ArbGeb 60, S. 103 und 104

- BACHOF Otto Reflexwirkungen und subjektive Rechte im öffentlichen Recht in Gedächtnisschrift für Walter JELLINEK, München 1955
- Verfassungsrecht, Verwaltungsrecht, Verfahrensrecht in der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts, Tübingen 1963,
(zitiert: Rechtsprechung)
- "bam." Zur ganzjährigen Beschäftigung in der Bauwirtschaft
ArbuSozR 61, S. 209 und 210
- BAR L. v. Theorie und Praxis des internationalen Privatrechts, Erster und Zweiter Band, 2. Auflage, Hannover 188
- BAUMBACH-LAUTERBACH Die Zivilprozeßordnung, Kommentar, 27. Auflage, München und Berlin 1963
- BEINERT Jörg Die Prozessstandschaft im schweizerischen Recht, Basel 1963
- BEITZKE Günther Räumliche Kollisionen arbeitsrechtlicher Normen
AR-Blattei, Rechtsquellen III
- BERNDT-DRAEGER Arbeitsvermittlung, Berufsberatung und Arbeitslosenversicherung, Band II, Stuttgart, Stand vom November 1964
- BERING Erich Eine Untersuchung über die rechtlichen Grundlagen der Berufsberatung und Berufsnachwuchslenkung
Jur.Diss. Erlangen 1954
- BETTERMANN Anm zu BSG NJW 54, S. 66 ff
NJW 59, S. 66 und 67
- BLUMENSAAT-GEERLING-LEFER Urlaub, Lohnausgleich und Zusatzversorgung im Baugewerbe, 1. Auflage, Bergisch-Gladbach 1961
- ROGS Walter Zur Selbstbindung der Verwaltung durch allgemeine Verwaltungsvorschriften
SGb 62, S. 129 ff
- BRACKMANN Kurt Handbuch der Sozialversicherung, Band I Allgemeiner Teil, Bad Godesberg, Stand vom September 1963
- Anm zu BAG AP Nr 4 zu § 823 BGG
Schutzgesetz

- BRODHUN Gerhard siehe BRODHUN-STRIPPEL-HENNIG
- Winterarbeitslosigkeit in den
Außenberufen
ABA 56, S. 97 ff
- BRODHUN-STRIPPEL-
HENNIG Arbeitslosenversicherung, Kommen-
tar, Frankfurt a. M., Stand 1964
- BUCHWITZ Heinz in Draeger-Buchwitz-Schönefelder,
Gesetz über Arbeitsvermittlung
und Arbeitslosenversicherung,
Kommentar, 1. Auflage, Stuttgart
1961
- CAESAR Anm zum Urteil des LSG Schleswig-
Holstein in SGB 62, S. 250/251
SGB 62, S. 251
- CASSELMANN Die Haftung des Arbeitgebers
für nicht ordnungsgemäße Zahlung
von Sozialversicherungsbeiträgen
AR-Blattei, Haftung des Arbeit-
gebers IV
- CIESTINGER Norbert Das Verfahren bei der Gewährung
von Lohnausfallvergütung
ABA 60, S. 57 und 58
- OZICZOR Kurt Die Schlechtwettergeldregelung
in der Bauwirtschaft
RdA 60, S. 361 ff
- DANCKFLMANN
Bernhard in Palandt, Bürgerliches Gesetz-
buch, Kommentar, 24. Auflage,
München und Berlin 1965
- DENECKE Johannes in BGB-RGRK, II. Band, 1. Teil
11. Auflage, Berlin 1959
- DER GROSSE
BROCKHAUS DER GROSSE BROCKHAUS, 16. Auflage,
Neunter Band, Wiesbaden 1956
- DERSCH Hermann siehe KASKEL-DERSCH und DERSCH-
NEUMANN
- Anm zu BAG AP Nr 6 zu § 1 FLG
- Anm zu LAG Berlin AP Nr 5 zu
§ 1 FLG Berlin
- DERSCH-NEUMANN siehe DERSCH
- Bundesurlaubsgesetz, Kommentar,
3. Auflage von DERSCH, Die Urlaubs-
gesetze, München und Berlin 1964
- DERWALD Walter Die Überkapazität der Bauwirtschaft
KVg 58, S. 236

- DERWALD Walter
(Fortsetzung) Kontinuierliche Pautatigkeit
- auch im Winter?
Kvz 59, S. 47 und 48
- DIETZ Rolf Betriebsverfassungsgesetz,
Kommentar, 3. Auflage, München
und Berlin 1960
- DRAEGER Kurt siehe BE-NDT-DRAEGER

in Draeger-Buchwitz-Schönefelder,
Gesetz über Arbeitsvermittlung
und Arbeitslosenversicherung,
Kommentar, 1. Auflage, Stutt-
gart 1961
- ENDERLEIN
Friedrich Schlechtwettergeld und Förde-
rung des Winterbaus (zitiert:
Schlechtwettergeld)
Arbeitskammer 60, S. 25 ff

Weitere Förderungsmaßnahmen für
den Winterbau
Arbeitskammer 61, S. 14 ff
- ENGESSEF Siegfried Die Krankenversicherungsleistun-
gen an die Familienangehörigen der
spanischen Arbeitnehmer
ArbuSozR 61, S. 4 ff

Die Krankenversicherungsleistun-
gen an die Familienangehörigen
der griechischen Arbeitnehmer
ArbuSozR 62, S. 4 ff
- ENNECCERUS-
LEHMANN Recht der Schuldverhältnisse,
15. Bearbeitung, Tübingen 1958
- ENNECCERUS-
NIPPERDEY Allgemeiner Teil des Bürger-
lichen Rechts, Zweiter Halbband,
15. Auflage, Tübingen 1960
- ESSER Josef Schuldrecht, Allgemeiner und
Besonderer Teil, 2. Auflage,
Karlsruhe 1960
- EYERMANN-
FRÖHLER siehe FRÖHLER

Verwaltungsgerichtsordnung,
Kommentar, 3. Auflage, München
und Berlin 1962
- FANGMEYER-
UEBERALL Gesetz über Arbeitsvermittlung
und Arbeitslosenversicherung,
Kommentar, 5. Auflage, Essen,
Stand vom 15. April 1964
- FITTING-
KRAEGELOH-
AUFFARTH Betriebsverfassungsgesetz,
Kommentar, 6. Auflage, Berlin-
Frankfurt 1962

- FORSTHOFF Ernst Lehrbuch des Verwaltungsrechts,
1. Band, Allgemeiner Teil,
8. Auflage, München und Berlin 1961
- FREY Erich Die Feiertagsbezahlung, 2. Auf-
lage, Heidelberg 1959
- FRÖHLER Ludwig siehe EYERMANN-FRÖHLER

In Landmann-Rohmer-Eyermann-
Fröhler, Gewerbeordnung,
Kommentar, 12. Auflage, München
und Berlin, Stand vom
Juli 1964

In Landmann-Rohmer-Eyermann-
Fröhler, Gewerbeordnung, Kommen-
tar, Zweiter Band, 11. Auflage,
München und Berlin 1956
- GALPARIN-SIEBERT Kommentar zum Betriebsverfassungs-
gesetz, 4. Auflage, Heidel-
berg 1963
- GAMILLSCHEG Franz Internationales Arbeitsrecht,
Berlin-Tübingen 1959
- GEISEL Max Ganzjährige Beschäftigung im
Baugewerbe wird Realität
ArbuSozR 61, S. 107 und 108

Bekämpfung der Saisonarbeits-
losigkeit der Bauarbeiter
ArbuSozR 58, S. 205
- GERLAND Anm zu BAG AP Nr 1 zu § 143 d
AVAVG
- GERLAND Eberhard Die sozialen, volkswirtschaft-
lichen und betriebswirtschaft-
lichen Auswirkungen der gesetz-
lichen Schlechtwetter~~s~~-Regelung
im Baugewerbe
Diss. Frankfurt 1962
- GLASS Heribert Die Zulässigkeit des Verzichts
auf Arbeitslosengeld und Ar-
beitslosenhilfe
Jur.Diss. Erlangen 1959
- GLAUBRECHT Kurt Winterbau und Schlechtwetter-
geld
ABA 63, S. 114 und 115
- "gpk" Schlechtwettergeld
DVZ 60, S. 68 und 69
- GRAMM Rechtsnatur und Haftung des
Betriebsrats
AR-Blattei, Betriebsverfassung VII

- GRAMM Hans in Palandt, Bürgerliches Gesetzbuch, Kommentar, 24. Auflage, München und Berlin 1965
- GROS Paul Vergütung des Lohnausgleichs an Feiertagen
AR-Blattteil, D, Feiertage VI

Die sachliche Zuständigkeit der Gerichte für Arbeitssachen (zitiert: Zuständigkeit)
AR-Blattteil, Arbeitsgerichtsbarkeit V, B
- HAAGER Karl in BGB-RGRK, II. Band, 2. Teil, 11. Auflage, Berlin 1960
- HAMANN Andreas Die öffentlich-rechtliche Geschäftsführung ohne Auftrag
NJW 55, S. 481 ff
- HASLER Alfons Der witterungsbedingte Arbeitsausfall der Bauarbeiter
SZS 64, S. 218 ff
- HAUEISEN Fritz Grundfragen des Verwaltungsrechts und Verwaltungsprozeßrechts ind der Rechtsprechung des Bundessozialgerichts
BABl 60, S. 259 ff

Wichtige Anliegen der Rechtsprechung des Bundessozialgerichts (zitiert: Anliegen)
BABl 62, S. 1012 ff

Der Verwaltungsakt im Lichte neuerer Überlegungen
DÖV 61, S. 121 ff
- HEFERMEHL in Soergel-Siebert, Bürgerliches Gesetzbuch, Kommentar, I. Band, 9. Auflage, Stuttgart 1959
- HEITMANN Umdenken bei den Winterbau-Förderungsmaßnahmen
Wilhelm ABA 64, S. 52/53
- HEPELMANN Schlechtwettergeld für Bauarbeiter
Johannes ABA 59, S. 265 ff

Gewogen und zu leicht befunden (zitiert: Gewogen)
ABA 63, S. 78 und 79

- HOFMEIER Johannes
(Fortsetzung)
Wirksamere Förderung des Winterbaues (zitiert: Förderung)
ABA 63, S. 200 ff
- HENNIG Werner
siehe BRODHUN-STRIPPEN-HENNIG
Die Bedeutung des § 143 f, Abs. 4 nach der im Regierungsentwurf vorliegenden Fassung des Zweiten Änderungsgesetzes zum AVAVG (zitiert: Bedeutung)
ABA 60, S. 83. ff
Zur Rechtsnatur des Bescheids über den Antrag auf eine öffentlich-rechtliche Leistung
SGB 62, S. 68 ff
Die Anzeige von Arbeitsausfall im Bereich der Schlechtwettergeldregelung (zitiert: Anzeige)
ABA 64, S. 173 ff
- HILLEBRAND W.
Zur Frage der Krankenversicherung der Schlechtwettergeldbezieher
KVg 61, S. 74 ff
- HOFFMANN Willy
Nochmals: 3. Änderungsgesetz zum AVAVG (Änderung des sogenannten Schlechtwettergeldgesetzes)
ErsK 60, S. 217 ff
- HOFMANN Gustav
Bauarbeiter-Urlaubsgesetz 1957 und Bauarbeiter-Schlechtwetterentschädigungsgesetz 1957, Kommentar, Wien 1957
- HOFMANN-SCHROETER
Sozialgerichtsgesetz, Kommentar, 2. Auflage, Berlin und Frankfurt a. M. 1957 mit Nachtrag vom Juli 1958
- HOPPE Werner
Die Anzeige von Arbeitsausfall im Bereich der Schlechtwettergeldregelung (§ 143 e Abs. 1 Nr. 3 AVAVG)
ABA 64, S. 275 ff

- "hs" 30 Millionen Schlechtwetter-
tage
ArbuSozPol 62, S. 152
- Beruhigung am Baumarkt
ArbuSozPol 61, S. 372
- HUBBERT Bernd siehe KRANZ-HUBBERT
- siehe KRANZ und HUBBERT
- Neue Vorschriften zur För-
derung der ganzjährigen Be-
schäftigung in der Bauwirt-
schaft (zitiert: Vorschriften)
SozSich 59, S. 228 ff
- Der Entwurf eines 3. Änderungs-
gesetzes zum AVAVG
ArbuSozPol 60, S. 242 und 243
- Zur Möglichkeit der Einbe-
ziehung des Landschaftsgar-
tenbaus in die Schlechtwetter-
geldregelung
Information 64, S. 213/214
- HUBER
Ernst Rudolf Wirtschaftsverwaltungsrecht,
1. Band, 2. Auflage, Tübingen
1953 (zitiert: Huber I)
- Wirtschaftsverwaltungsrecht,
2. Band, 2. Auflage, Tübingen
1954 (zitiert: Huber II)
- HUECK Alfred Kündigungsschutzgesetz,
Kommentar, 4. Auflage,
München und Berlin
1961
- in Hueck-Nipperdey,
Lehrbuch des Arbeits-
rechts, Band I,
7. Auflage, Berlin
und Frankfurt a. M.
1963

- HUECK Götz Anm. zu BAG AP Nr 3 zu § 823
BGB Schutzgesetz
- JELLINEK Walter Verwaltungsrecht, 3. Auflage
(Neudruck), Offenburg 1948,
Nachtrag 1950
- KASKEL-DERSCH siehe DERSCH
- Arbeitsrecht, 5. Auflage,
Berlin-Göttingen-Heidelberg 1957
- KÄSTNER Albert Gedanken zur Saisonarbeitslosigkeit
der Bauarbeiter
ABA 58, S. 5 ff
- KAZDA Josef Die gesetzliche Neuregelung
der Schlechtwetterentschädigung
im Baugewerbe in Österreich
ABA 56, S. 99 ff
- KLINGER Hans Kommentar zur Verwaltungsgerichts-
ordnung, 2. Auflage, Göttingen 1964
- KNOBLOCH Erich Bericht der Bundesregierung
über die Förderung der ganz-
jährigen Beschäftigung in der
Bauwirtschaft (zitiert: Be-
richt)
Arbeiterversorgung 62, S. 197 ff
- Erfolgreicher Winterbau
ArbuSozPol 62, S. 359 ff
- Schlechtwettergeld und Förde-
rung der Bautätigkeit im
Winter
NJW 61, S. 162
- KOEHLER Alexander Verwaltungsgerichtsordnung,
Berlin und Frankfurt a.M. 1960
- KOSSOW Walter Nochmals: Schlechtwettergeld
und Sozialversicherung
Sozialversicherung 61,
S. 168 ff
- KRANZ Günter siehe KRANZ-HUBBERT
- siehe KRANZ und HUBBERT
- Winterbau in den USA und Kanada
BABl 62, S. 19 ff
- Der Winterbau im Widerstreit der
Meinungen
ABA 64, S. 281 ff; ABA 65, S. 5ff

KRANZ Günter
(Fortsetzung)

Die Problematik der Winterarbeitslosigkeit in der Bauwirtschaft und die Bemühungen um die Lösung des Problems (zitiert: Problematik)
BABl 59, S. 23 ff

Zur Frage der Krankenversicherung der Schlechtwettergeldbezieher
Arbeiterversorgung 60, S. 79 ff
und 61, S. 17 ff

Das Gesetz über Maßnahmen zur Förderung der ganzjährigen Beschäftigung in der Bauwirtschaft
ArbGeb 59, S. 722 ff

Der Bericht der Bundesregierung über die Auswirkungen der Vorschriften zur Förderung der ganzjährigen Beschäftigung in der Bauwirtschaft
ABA 62, S. 122

Die Vorschriften zur Förderung der ganzjährigen Beschäftigung in der Bauwirtschaft (zitiert: Vorschriften)
BABl 59, S. 807 ff

Der Bericht der Bundesregierung über die Auswirkungen der Vorschriften zur Förderung der ganzjährigen Beschäftigung in der Bauwirtschaft
BABl 62, S. 996 ff;

Die jüngsten Bemühungen um ein kontinuierliches ganzjähriges Bauen (einschließlich Winterbau)
BABl 61, S. 97 ff

Die Auswirkungen der Maßnahmen zur Förderung des Winterbaues (zitiert: Auswirkungen)
BABl 60, S. 276 ff

Der Bericht der Bundesregierung über die Auswirkungen der Vorschriften zur Förderung der ganzjährigen Beschäftigung in der Bauwirtschaft
ABA 63, S. 29 ff

KRANZ Günter
(Fortsetzung)

Die Elfte Durchführungsverord-
nung zum AVAVG
BABl 60, S. 605 ff

Das Zweite Änderungsgesetz zum
AVAVG
BKK 59, Spalte 653 ff

Nochmals zur Frage der Kranken-
versicherung der Schlechtwet-
tergeldbezieher
Arbeiterversorgung 61, S. 234 ff

Bericht der Bundesregierung
über die Auswirkungen der Vor-
schriften zur Förderung der
ganzjährigen Beschäftigung in
der Bauwirtschaft (zitiert: Bericht)
Querschnitt, Sonderdruck No-
vember 1962

KRANZ-HUBBERT

siehe KRANZ

siehe HUBBERT

siehe KRANZ und HUBBERT

Schlechtwettergeld und Förde-
rung der Bautätigkeit im Winter,
Handkommentar, 2. Auflage,
Bad Godesberg 1961

KRANZ und HUBBERT

siehe KRANZ

siehe KRANZ-HUBBERT

siehe HUBBERT

Förderung der ganzjährigen Be-
schäftigung in der Bauwirt-
schaft
Sozialpolitik, Nr 7

KREBS Heinrich

AVAVG, Kommentar, 2. Auflage,
München und Berlin, Stand vom 1. April
1964

Die notwendige Streitgenossenschaft
im sozialgerichtlichen Verfahren
(zitiert: Streitgenossenschaft)
DOK 62, S. 437 ff und S. 474 ff

Die Richtlinien und ähnliche
Vorschriften im AVAVG und ihre
Bedeutung für die Rechtsprechung
DOK 59, S. 193 ff

Anm zu BAG AP Nr 2 zu § 143 d
AVAVG

- KRÜGER-NIELAND Gerda in BGB-RGRK, I. Band, 1. Teil, 11. Auflage, Berlin 1959
- KUHN Schlechtwettergeld - Ein Vergleich mit ähnlichen Leistungen in anderen Ländern. ABA 65, S. 7 ff
- KUHN Georg in BGB-RGRK, I. Band, 1. Teil 11. Auflage, Berlin 1959
- KÜCHENHOFF Günter Anm zu BAG AP Nr 2 zu § 56 BetrVerfG Arbeitszeit
- Die öffentlich-rechtliche Willenserklärung der Privatperson, in "Verfassung und Verwaltung in Theorie und Wirklichkeit", Festschrift für Wilhelm LAFORET, München 1952 S. 317 ff
- LANDMANN-ROHME?-EYERMANN-FRÖHLER siehe EYERMANN-FRÖHLER
- siehe FRÖHLER
- LARENZ Karl Lehrbuch des Schuldrechts, Erster Band Allgemeiner Teil, 6. Auflage, München und Berlin 1963
- LASSAR Gerhard Der Erstattungsanspruch im Verwaltungs- und Finanzrecht Berlin 1921
- LEDER Arbeitslosenversicherung und Arbeitslosenhilfe Sozialpolitik Nr 11, S. 21 und 22
- LENERT Franz Die Maßnahmen zur Förderung einer kontinuierlichen Bautätigkeit in der Bundesrepublik Deutschland AN 62, S. 277 ff
- LESER Heinrich Das Schlechtwettergeld im Baugewerbe und der gekündigte Arbeitnehmer DB 60, S. 293 und 294
- LICHTFELD Olaf Winterbeschäftigung in der Bauwirtschaft NWB 60, Fach 27, S. 1817 und 1818
- LIEBICH Georg Arbeitslosengeld billiger als Schlechtwettergeld? Bauwirtschaft 63, S. 371 ff

- NEUMEYER Karl Internationales Verwaltungsrecht,
Zweiter Band, Innere Verwaltung.
II. München und Berlin
1922
- NIKISCH Arthur Arbeitsrecht I. Band, 3. Auflage,
Tübingen 1961 (zitiert:
Arbeitsrecht I)
- Arbeitsrecht II. Band, 2. Auflage,
Tübingen 1959 (zitiert:
Arbeitsrecht II)
- NIPPERDEY Hans Carl siehe ENNECCERUS-NIPPERDEY
- in Hueck-Nipperdey, Lehrbuch
des Arbeitsrechts, Band II,
6. Auflage, Berlin und
Frankfurt a.M. 1957
- Fristversäumnis bei Anmeldung
von Versorgungsansprüchen
NJW 62, S. 321 ff
- OBERTHAUER Klaus in Mang-Maunz-Mayer, Obermayer,
Staats- und Verwaltungsrecht in
Bayern, 2. Auflage, München 1964
- ODENDAHL Wilhelm Das Zweite Änderungsgesetz zum
AVAVG
ZSR 60, S. 277 ff
- PETERS Hans Lehrbuch der Verwaltung, Berlin-
Göttingen-Heidelberg 1949
- PETERS-SAUTER-
WOLFF Kommentar zur Sozialgerichts-
barkeit, 3. Auflage, 6. Nach-
trag, Stuttgart, Stand vom
April 1964
- PLOCK Georg Schlechtwettergeld und Sozial-
versicherung
Sozialversicherung 60, S. 232 ff
- PULLER Klaus Erfahrungsbericht über die
ersten Auswirkungen der
Schlechtwettergeldregelung
im Baugewerbe
KVg 60, S. 50 und 51
- RAAPE Leo in Staudingers Kommentar zum
Bürgerlichen Gesetzbuch, 9. Auf-
lage, München, Berlin und Leipzig
1931, VI. Band
- REHKER A. Das Dritte Änderungsgesetz zum
AVAVG
RdA 61, S. 194 ff

- ROHLFING-KISKALT-
WOLFF Handkommentar zu Gewerbeordnung, 3.
Auflage, Berlin und Frankfurt a. M. 1961
- ROHWER-KAHLMANN Aufbau und Verfahren der Sozialge-
richtsbarkeit, Kommentar, Bad Godes-
berg, Stand vom April 1964
- ROSENBERG Leo Lehrbuch des Deutschen Zivilprozeß-
rechts, 9. Auflage, München und
Berlin 1961
- SABEL Anton Durchführung von Bauarbeiten im
Winter in Schweden
ABA 58, S. 97 und 98
- SALZMANN Walter Sorgenkind Bauarbeitsmarkt
DVolksW 59, S. 701 ff
- Tauende Winterarbeitslosigkeit
im Baugewerbe
DVolksW 60, S. 230 ff
- SCHIEFFLER-
KOENIGER in BGB-RGRK, IV. Band, 1. Teil, 10.
und 11. Auflage, Berlin 1960
- SCHIECKEL Horst . Gesetz über Arbeitsvermittlung und
Arbeitslosenversicherung mit Kommen-
tar, 3. Auflage, München, Stand
vom 15. 9. 1964
- Anm zu BSG in SGB 62, S. 371, 372
- SCHILL Erich A. Sozialpolitische Zwischenbilanz
über den Winterbau (zitiert:
Zwischenbilanz)
ArbuSozR 62, S. 23 ff
- Wiedereinführung einer Schlecht-
wetterregelung
ArbuSozR 59, S. 107
- Verstärkter sozialer Schutz der
Bauarbeiter
ArbuSozR 58, S. 163
- Möglichkeiten zur Eindämmung der
Saisonarbeitslosigkeit
ArbuSozR 58, S. 9 und 10
- SCHLÖSSER Förderung der ganzjährigen Be-
schäftigung in der Bauwirtschaft
sowie Schlechtwettergeld
NJW 60, S. 181 ff
- SCHMIDT Friedrich Verwaltungsprobleme des Arbeitslosen-
schutzes für Bauarbeiter, Genf 1959
(zitiert: Verwaltungsprobleme)

SCHMIDT Friedrich
(Fortsetzung)

Die XIV. Generalversammlung
der internationalen Vereini-
gung für soziale Sicherheit
ABA 62, S. 9

Sozialpolitische Maßnahmen zur
Sicherung einer ganzjährigen
Bautätigkeit und einer Begrenzung
des Versicherungsrisikos der
Bauarbeiter in der Arbeitslosen-
versicherung (zitiert: Maßnahmen)
IVSS-Bulletin 60, S. 185 ff

Verwaltungsprobleme des Arbeits-
losenschutzes für Bauarbeiter
IVSS-Bulletin 58, S. 305 ff

Der Versicherungsschutz der
Bauarbeiter gegen Arbeitslosig-
keit
ABA 58, S. 197 ff

SCHMITZ Alfons

Die Bedeutung des Zweiten Än-
derungsgesetzes zum AVAVG für
die Krankenkassen
DOK 59, S. 562 ff

SCHNAAS Hermann

Vermittlung arbeitsloser Bauar-
beiter im Winter
ABA 58, S. 222 ff

Der Winterbau im dritten Jahr
(zitiert: Winterbau)
ArbuSozPol 62, S. 12 ff

SCHNEIDER Kurt

Die Beseitigung der Saison-
arbeitslosigkeit in der Bauwirt-
schaft
ArbGeb 58, S. 306

SCHNEIDER

Mal was Positives
Bauwirtschaft 65, S. 673 ff

SCHNORR VON
CAROLSFELD Ludwig

Arbeitsrecht, 2. Auflage, Göttingen
1954 (zitiert: Arbeitsrecht)

Probleme des internationalen
Arbeitsrechts
RdA 58, S. 201 ff

Zur Kündigung aus wichtigem Grund
RdA 58, S. 281 ff

Anm zu BAG AP Nr 13 zu § 1 FLG

Anm zu BAG AP Nr 14 zu § 1 FLG

Anm zu BAG AP Nr 8 zu § 198 BGB

Anm zu BAG AP Nr 21 zu § 615 BGB

Anm in Steuerrechtsprechung in
Karteiform, zu § 38 EStG Nr 28

SCHNORR VON
CAROLSFELD Ludwig
(Fortsetzung)

Anm zu BAG in SAE 63, Nr 64

Anm zu BAG in SAE 62, Nr 55

SCHÖNPFELDER Erwin

in Draeger-Buchwitz-Schönefelder,
Gesetz über Arbeitsvermittlung
und Arbeitslosenversicherung,
Kommentar, 1. Auflage, Stuttgart
1961

SCHREIBER Else

Neue Vorschriften über die För-
derung der ganzjährigen Be-
schäftigung in der Bauwirtschaft
DVZ 61, S. 10 ff

SCHULTZE-
VON LASAULX

in Soergel-Siebert, Bürger-
liches Gesetzbuch, Kommentar,
I. Band, 9. Auflage, Stuttgart
1959

SCHUNCK-DE CLERCK

Verwaltungsgerichtsordnung,
Kommentar, 1. Auflage, Sieg-
burg 1961

SCHWAB Karl Heinz

Die Voraussetzungen der notwen-
digen Streitgenossenschaft,
in Festschrift für Friedrich
LENT, München und Berlin
1957

SCHWANKHART Franz

Entsteht der Leistungsanspruch
aus einem feststellenden oder
gestaltenden Verwaltungsakt?
SGB 62, S. 193 ff

STEPHAN Rolf

4 Jahre Winterbautätigkeit
Schriften, Nr 33, S. 6 ff

STRAUSS Erich

Ausfallunterstützung bei Außen-
arbeiten in Baden-Württemberg
für den Winter 52/53
ARA 53, S. 155 ff

TOPHOVEN Ernst

Anm zu BAG AP Nr 1 zu § 4 TVG
Nachwirkung

TRIESCHMANN Günter

Arbeitgeberzuschuß zum Kranken-
geld bei Arbeitsausfall während
der Krankheit aus anderen Gründen
DB 61, S. 538 ff

VON TUREGG-KRAUS

Lehrbuch des Verwaltungsrechts,
4. Auflage, Berlin 1962

ULE Carl Hermann

Verwaltungsgerichtsbarkeit (Ver-
waltungsgesetze des Bundes und

- ULE Carl Hermann
(Fortsetzung)
der Länder, Band I, 2. Halbband), 2. Auflage, Köln-Berlin-München-Bonn, 1962
(zitiert:Kommentar)
Verwaltungsprozeßrecht, Studienbuch, 3. Auflage, München und Berlin 1963
- UMRATH Oscar
Ministerielles Mißtrauen?
DOK 61, S. 73 und 74
- WEBER Rolf
Die Saisonarbeitslosigkeit in der Bauwirtschaft
ArbGeb 58, S. 66 ff
- WEDDIGEN Walter
Die Behandlung der saisonalen Arbeitslosigkeit im Rahmen des Versicherungsschutzes gegen Arbeitslosigkeit, Berlin 1957
- WEINISCH Karl
Das Baurecht in Bayern, Kommentar, Band 2, München, Stand vom Juni 1964
- WERDERMANN Ernst
Das Zweite Änderungsgesetz zum AVAVG
KVg 59, S. 278 ff
- WITTING-LIBBERT
Gesetz zur Lohnzahlung an Feiertagen mit Erläuterungen, Darmstadt
- WOLFF Hans J.
Verwaltungsrecht I, Studienbuch, 5. Auflage, München und Berlin 1963

II.) Materialien

1.) Materialien, die unter der links stehenden Abkürzung zitiert werden

- AKB Nr
Aktuelle Kurzberichte, zusammengestellt von BULLA
AR-Blattei
- Anweisung
Schreiben des Bayerischen Staatsministeriums für Arbeit und soziale Fürsorge (Nr V 6-190/63 vom 5.12.1963) an alle Gewerbeaufsichtsämter, das Bayer. Landes-

Anweisung
(Fortsetzung)

institut für Arbeitsmedizin, das
Bayer. Landesinstitut für Arbeits-
schutz; betreff: Durchführung
des Arbeitsschutzes auf Winter-
baustellen

Bericht

Bericht der Bundesregierung über
die Auswirkungen der Vorschrif-
ten zur Förderung der ganzjähri-
gen Beschäftigung in der Bau-
wirtschaft nach Artikel VI des
Zweiten Änderungsgesetzes zum
AVAVG vom 7. Dezember 1959
(Bundesgesetzblatt I, S. 705)
-Originaltext der Bundestags-
drucksache IV/643-, abgedruckt
in BABI 62, S. 875 ff

BT-Drucksache 495

Deutscher Bundestag, 3. Wahlpe-
riode, Drucksache 495, Große An-
frage der Fraktion der SPD betr.
Verbesserung der Verhältnisse in
der Bauwirtschaft

BT-Drucksache 1211

Deutscher Bundestag, 3. Wahlpe-
riode, Drucksache 1211, Bericht
der Bundesregierung betr. Ver-
besserung der Verhältnisse in
der Bauwirtschaft

BT-Drucksache 1240

Deutscher Bundestag, 3. Wahlpe-
riode, Drucksache 1240, Entwurf
eines Gesetzes über Maßnahmen
zur Förderung der ganzjährigen
Beschäftigung in der Bauwirt-
schaft und weitere Änderungen
und Ergänzungen des Gesetzes
über Arbeitsvermittlung und Ar-
beitslosenversicherung (Zweites
Änderungsgesetz zum AVAVG)

BT-Drucksache 1294

Deutscher Bundestag, 3. Wahlpe-
riode, Drucksache 1294, Schrift-
licher Bericht des Ausschusses
für Arbeit (21. Ausschuß) über
den von der Bundesregierung ein-
gebrachten Entwurf eines Gesetzes
über Maßnahmen zur Förderung der
ganzjährigen Beschäftigung in
der Bauwirtschaft und weitere
Änderungen und Ergänzungen des
Gesetzes über Arbeitsvermittlung
und Arbeitslosenversicherung
(Zweites Änderungsgesetz zum
AVAVG)

BT-Drucksache 2044

Deutscher Bundestag, 3. Wahlpe-
riode, Drucksache 2044, Entwurf
eines Gesetzes zur Änderung und
Ergänzung des Gesetzes über Ar-
beitsvermittlung und Arbeits-

losenversicherung (Drittes Änderungs-
gesetz zum AVAVG)

BT-Drucksache 2094 Deutscher Bundestag, 3. Wahlperiode, Drucksache 2094, Schriftlicher Bericht des Ausschusses für Arbeit (21. Ausschuß) über den von der Bundesregierung eingebrachten Entwurf eines Gesetzes zur Änderung und Ergänzung des Gesetzes über Arbeitsvermittlung und Arbeitslosenversicherung (Drittes Änderungs-
gesetz zum AVAVG)

BT-Drucksache
IV/1312 Deutscher Bundestag, 4. Wahlperiode, Drucksache IV/1312, Entwurf eines Gesetzes zur Änderung und Ergänzung des Gesetzes über Arbeitsvermittlung und Arbeitslosenversicherung (Fünftes Änderungs-
gesetz zum AVAVG)

BT-Drucksache
IV/1493 Deutscher Bundestag, 4. Wahlperiode, Drucksache IV/1493, Schriftlicher Bericht des Ausschusses für Arbeit (21. Ausschuß) über den von der Bundesregierung eingebrachten Entwurf eines Gesetzes zur Änderung und Ergänzung des Gesetzes über Arbeitsvermittlung und Arbeitslosenversicherung (Fünftes Änderungs-
gesetz zum AVAVG) -Drucksache IV/1312-, B. Antrag des Ausschusses

Zu BT-Drucksache
IV/1493 Deutscher Bundestag, 4. Wahlperiode, zu Drucksache IV/1493, Schriftlicher Bericht des Ausschusses für Arbeit (21. Ausschuß) über den von der Bundesregierung eingebrachten Entwurf eines Gesetzes zur Änderung und Ergänzung des Gesetzes über Arbeitsvermittlung und Arbeitslosenversicherung (Fünftes Änderungs-
gesetz zum AVAVG) -Drucksache IV/1312-, A. Bericht des Abgeordneten MÜLLER (Remscheid)

BSE-Berater BSE-Berater für die Schlechtwetterzeit, 7. Ausgabe 1964/1965, Frankfurt am Main, herausgegeben von der Industriegewerkschaft Bau-Steine-Erden

- Erfahrungsbericht Erfahrungsbericht des Präsidenten der Bundesanstalt für Arbeitsvermittlung und Arbeitslosenversicherung an den Herrn Bundesminister für Arbeit und Sozialordnung betr. Maßnahmen zur Förderung der ganzjährigen Beschäftigung in der Bauwirtschaft vom 9. Juli 1963
(GZ: II a 5/Ia4-7143d/5520-2236/62)
- Erfahrungsbericht II Erfahrungsbericht des Präsidenten der Bundesanstalt für Arbeitsvermittlung und Arbeitslosenversicherung an den Herrn Bundesminister für Arbeit und Sozialordnung betr. Maßnahmen zur Förderung der ganzjährigen Beschäftigung in der Bauwirtschaft vom 3. August 1964
(GZ: IIa5-7143d/5520-5523/5525-2089/64)
- Erlaß Runderlaß 388/63.4.1.6 der Bundesanstalt für Arbeitsvermittlung und Arbeitslosenversicherung an alle Dienststellen der Bundesanstalt vom 27. November 1963 -
GZ: IIa5 7143d/5525/3402 -
betreff: Schlechtwettergeld (SWG); hier: Rechtsanwendung und Verfahren -
abgedruckt im DBI A, 12. Jahrgang, Nr 52, vom 12. Dezember 1963 -
- Erlaß II Runderlaß 310/64.4.1.6 der Bundesanstalt für Arbeitsvermittlung und Arbeitslosenversicherung an alle Dienststellen der Bundesanstalt vom 15. Oktober 1964 -
GZ: IIa5-7143d/5525/3402 -
betreff: Schlechtwettergeld (SWG); hier: Rechtsanwendung und Verfahren -
abgedruckt im DBI A, 13. Jg, Nr 55, vom 6. November 1964 -
- IFO Soziale und wirtschaftliche Auswirkungen der Winterbauförderung, Gutachten des IFO-Instituts für Wirtschaftsforschung e. V. München, Abt. Bau- und Wohnungswirtschaft, im Auftrag des Bundesministers für Arbeit und Sozialordnung, Bonn, Juli 1964

LAA-Bericht	Erfahrungsbericht des Landesarbeitsamtes zur Schlechtwettergeldregelung für den Berichtszeitraum 1. 11. 1962 bis 31. 3. 1963, vom 30. April 1963
Memorandum	Memorandum des Bundesministers für Arbeit und Sozialordnung zur Winterarbeitslosigkeit in der Bauwirtschaft, abgedruckt in BABI 58, S. 673 ff
Niederschrift I	Niederschrift des Bundesministeriums für Arbeit und Sozialordnung - der Vorsitzende beim Hauptausschuß "Bauen im Winter" I Ib 3-2872.12- über die Sitzung des sozialpolitischen Ausschusses beim Hauptausschuß "Bauen im Winter" am 26. 7. 1963, vom 30. Juli 1963
Niederschrift II	Niederschrift des Bundesministeriums für Arbeit und Sozialordnung - Der Vorsitzende des sozialpolitischen Ausschusses beim Hauptausschuß "Bauen im Winter" I Ib 3-2872.12 - über die Sitzung des sozialpolitischen Ausschusses beim Hauptausschuß "Bauen im Winter" am 28. 5. 1963, vom 21. Juni 1963
Schnellbrief	Schnellbrief des Präsidenten der Bundesanstalt für Arbeitsvermittlung und Arbeitslosenversicherung vom 20. 11. 1962 - GZ: IIa 5-7143d/2250/62 -
Schnellbrief-Gartenbau	Schnellbrief des Präsidenten der Bundesanstalt für Arbeitsvermittlung und Arbeitslosenversicherung vom 26. 11. 1964 - GZ: IIa 5-7143d/5525-2201/63 -
Schreiben I	Schreiben des Zentralverbandes des Deutschen Baugewerbes an den Herrn Vorsitzenden des sozialpolitischen Ausschusses beim Hauptausschuß "Bauen im Winter", Bundesministerium für Arbeit und Sozialordnung, vom 23. 7. 1963 betr. Maßnahmen zur Förderung der ganzjährigen Be-

schäftigung in der Bauwirtschaft
-GZ Dr. Pl./Hü. Nr. 13604/63-

Schreiben II

Schreiben des Zentralverbandes
des Deutschen Baugewerbes an
den Herrn Bundesminister für
Arbeit und Sozialordnung vom
18. Juli 1963 betr. Schlechtwet-
terregelung, Fünftes Änderungs-
gesetz zum AVAVG -GZ Bk./K-Nr.
13513-

Schreiben des Bundeswirtschafts- ministers

Schreiben des Bundesministers
für Wirtschaft vom 12.10.1961
-GZ IV C 5-028100- an die Bun-
desbehörden, die Wirtschafts-
minister (Senatoren) der Länder
und die Präsidenten des Deut-
schen Städte-, Landkreis- und
Gemeindetages, abgedruckt in
BABl 61, S. 767 ff

Swg-Abrechnungs- liste

Abrechnungsliste für Schlecht-
wettergeld, Vordruck II 136-9. 64

Swg-Anleitung

Anleitung zur Ausfüllung der
Abrechnungslisten für Schlecht-
wettergeld, gültig ab 1. Novem-
ber 1963, Vordruck II 137-11.63

Swg-Merkblatt

Merkblatt über Schlechtwetter-
geld (SWG) und über die Anzei-
gepflicht bei Entlassungen auf
Baustellen, Vordruck II 130-10.63,
gültig ab 1. November 1963

2.) Sonstige Materialien

Amtliche Begründung der 8. DVO, abgedruckt bei
KRANZ-HUBBERT, a.a.O., S. 230 und 231

Bundesminister für Arbeit und Sozialordnung, Schrei-
ben vom 10.1.1962 -GZ IIb 3-2834/2872.44- Titel:
Krankenversicherung der Bezieher von Kurzarbeiter-
geld und Schlechtwettergeld; abgedruckt in BKK 62,
Spalte 196 und 197

Beschluß, gefaßt auf der Konferenz der Arbeitsmini-
ster und -senatoren der Länder des Bundesgebietes,
abgedruckt in RdA 59, S. 184

Bundesverbände der Krankenkassen und die Verbände
der Ersatzkassen, Gemeinsame Erklärung, abgedruckt
in Arbeiterversorgung 61, S. 96

Deutsch-italienisches Abkommen über Arbeitslosen-
versicherung vom 5.5.1953 (BGBI 1954, Teil II, S. 486)

Erlaß des Präsidenten der Bundesanstalt für Arbeits-
vermittlung und Arbeitslosenversicherung vom 23.12.1959,
1./60.1.4, -GZ Ia 3 5221/5571/7143 m-, abgedruckt

im DBI A.1960, S. 1 und 2.

Gemeinsame Presseerklärung des Zentralverbandes des Deutschen Baugewerbes e.V. und des Hauptverbandes der Deutschen Bauindustrie, Winterbau und Schlechtwettergeld, abgedruckt . in den "Nürnberger Nachrichten vom 9./10.2.63, S. 21

Grundsätze für Arbeitsschutzanforderungen im Winter (vom 31.Oktober 1960, abgedruckt bei KRANZ-HUBBERT, a.a.O., S. 213 ff

Von der XIII. Generalversammlung der IVSS angenommene Schlußfolgerungen über die Arbeitslosenversicherung, vollständig abgedruckt bei SCHMIDT, Verwaltungsprobleme, S. 121 ff

Erlaß des Bundesministers für Arbeit und Sozialordnung vom 23.Dezember 1959 -GZ IIIc 2/6450/59-, auszugsweise abgedruckt bei KRANZ-HUBBERT, a.a.O., S. 217/218

Landesmonographie der Schweiz, abgedruckt bei SCHMIDT, Verwaltungsprobleme, S. 107 ff

Landesmonographie von Frankreich, abgedruckt bei SCHMIDT, Verwaltungsprobleme, S. 60 ff

Landesmonographie der Niederlande, abgedruckt bei SCHMIDT, Verwaltungsprobleme, S. 91 ff

Landesmonographie Großbritanniens, abgedruckt bei SCHMIDT, Verwaltungsprobleme, S. 66 ff

Landesmonographie von Österreich, abgedruckt bei SCHMIDT, Verwaltungsprobleme, S. 95 ff

Schreiben des Präsidenten der Bundesanstalt für Arbeitsvermittlung und Arbeitslosenversicherung an den Präsidenten des Landesarbeitsamtes Nordrhein-Westfalen vom 26.11.1962 -GZ IIa 5-7143 1-2024/60-2208/62-

Zeitschriften, Entscheidungssammlungen, Sammelwerke

ABA	Arbeit, Beruf und Arbeitslosenhilfe, das Arbeitsamt, Stuttgart (Jahr und S.)
	Amtliche Nachrichten des Bundes- ministeriums für soziale Verwaltung, Wien (Jahr und S.)
Amtsblatt	Amtsblatt des Bayer. Staatsministe- riums für Arbeit und soziale Für- sorge, München (Datum, Nr, Recht- sprechung Nr)
ANBA	Amtliche Nachrichten der BA, Nürnberg (Jahr und S.)
AP	Arbeitsrechtliche Praxis, Nach- schlagewerk des Bundesarbeits- gerichts, München
Arbeiterversorgung	Die Arbeiterversorgung, Stutt- gart (Jahr und S.)
Arbeitskammer	Die Arbeitskammer, Zeitschrift der Arbeitskammer des Saarlan- des, Saarbrücken (Jahr und S.)
ArbGeb	Der Arbeitgeber, Düsseldorf (Jahr und S.)
AR-Blattei	Arbeitsrecht-Plattei, Arbeits- rechtliches Nachschlagewerk, Stuttgart
ArbuR	Arbeit und Recht, Zeitschrift für arbeitsrechtliche Praxis, Köln (Jahr und S.)
ArbuSozPol	Arbeit und Sozialpolitik, Baden-Baden (Jahr und S.)
ArbuSozR	Arbeits- und Sozialrecht, Mitteilungsblatt des Arbeits- ministeriums, Baden-Württemberg, Villingen/Schwarzwald (Jahr und S.)
BABl	Bundesarbeitsblatt, Stuttgart und Köln (Jahr und S.)
BAGE (GS)	Entscheidungen des Bundesarbeits- gerichts (Großer Senat), Berlin (Band und S.)
Bauen im Winter	Bauen im Winter, Zusammenstellung von Veröffentlichungen aus den Jahren 1945 bis 1960, Stuttgart 1960
Bauwirtschaft	Die Bauwirtschaft, Zentralblatt für das gesamte Bauwesen, Wiesbaden-Berlin

BB	Der Betriebsberater, Heidelberg (Jahr, Nr, S.)
BetrR	Der Betriebsrat, Mitteilungen für die Betriebsräte der IG-Chemie-Papier-Cheramik, Hannover (Jahr und S.)
BGB-RGRK	Das Bürgerliche Gesetzbuch, Kommentar, herausgegeben von Reichsgerichtsräten und Bundesrichtern
BGHZ	Entscheidungen des Bundesgerichtshofes in Zivilsachen, Köln-Berlin (Band und S.)
BKK	Die Betriebskrankenkasse, Essen (Jahr und Spalte)
BlStSozArbR	Blätter für Steuerrecht, Sozialversicherung und Arbeitsrecht, Neuwied (Rhein)·Berlin-Spandau·Darmstadt (Jahr und S.)
BSGE	Entscheidungen des Bundessozialgerichts, Köln,(Band und S.)
BVerfGE	Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts, herausgegeben von Mitgliedern des Gerichtshofes, Tübingen (Band und S.)
BVwGE	Entscheidungen des Bundesverwaltungsgerichts, Berlin (Band und S.)
DB	Der Betrieb, Düsseldorf(Jahr und S.)
DBI A	Dienstblatt A der BA, Nürnberg (Jahr und S. oder Jg, Nr, Datum)
DBI C	Dienstblatt C der BA, Nürnberg (§, Gesetz, Nr)
DOK	Die Ortskrankenkasse, Bad Godesberg (Jahr und S.)
DÖV	Die Öffentliche Verwaltung, (Jahr und S.)
DVolksw	Der Volkswirt, Frankfurt(M) (Jahr und S.)
DVZ	Deutsche Versicherungszeitschrift, Berlin-Bielefeld-München (Jahr und S.)
ErsK	Die Ersatzkasse, Hamburg (Jahr und S.)

Information	Die Information über Steuer und Wirtschaft, Düsseldorf (Jahr und S.)
IVSS-Bulletin	Bulletin der Internationalen Vereinigung für Soziale Sicherheit, Wien (Jahr und S.)
JZ	Juristenzeitung, Tübingen (Jahr und S.)
KVg	Die Krankenversicherung, Berlin-Bielefeld-München (Jahr und S.)
NJW	Neue Juristische Wochenschrift, München und Berlin (Jahr und S.)
NWB	Neue Wirtschaftsbriefe, Zeitschrift für Steuer- und Wirtschaftsrecht vereint mit "Wirtschaftliche Kurzbriefe" und "Steuerrecht in Kurzform", Herne-Berlin (Jahr, Fach, S.)
Querschnitt	Der Querschnitt, Zeitschrift zur Baurationalisierung, Frankfurt a. M. (Jahr und Monat, S.)
RdA	Recht der Arbeit, München und Berlin (Jahr und S.)
RGZ	Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen (Band und S.)
SAE	Sammlung Arbeitsrechtlicher Entscheidungen, Düsseldorf (Jahr und Nr)
Schriften	Schriften zum Bau-, Wohnungs- und Siedlungswesen, Köln-Braunsfeld (Nr, S.)
SGb	Die Sozialgerichtsbarkeit, Wiesbaden (Jahr und S.)
Sozialpolitik	Sozialpolitik in Deutschland, Stuttgart (Nr und S.)
Sozialversicherung	Die Sozialversicherung, Heidelberg (Jahr und S.)
SozSich	Soziale Sicherheit, Köln-Deutz (Jahr und S.)
Steuerrecht- sprechung in Karteiform	Steuerrechtsprechung in Karteiform, (Gesetz, Nr, Anm)
SZS	Schweizerische Zeitschrift für Sozialversicherung, Bern (Jahr und S.)
Wirtschaftsbild	Das Wirtschaftsbild, Bonn (Jg, Nr, S.)
ZSR	Zeitschrift für Sozialreform, Wiesbaden (Jahr und S.)

Abkürzungsverzeichnis

(siehe auch Zeitschriften, Entscheidungssammlungen,
Sammelwerke und Materialien)

AA/ÄÄ	Arbeitsamt/Arbeitsämter (sämtliche Fälle)
Ag	Arbeitgeber (Sämtliche Fälle)
Amtsblatt des Saarlandes	Amtsblatt des Saarlandes, Saarbrücken (Jahr und S.)
An	Arbeitnehmer (sämtliche Fälle)
AlVG	(Österreichisches) Arbeitslosen- versicherungs-gesetz
Av	Arbeitsverhältnis (sämtliche Fälle)
AVAVG	Gesetz über Arbeitsvermittlung und Arbeitslosenversicherung
2. ÄndG	Gesetz über Maßnahmen zur För- derung der ganzjährigen Beschäf- tigung in der Bauwirtschaft und weitere Änderungen und Er- gänzungen des Gesetzes über Arbeitsvermittlung und Arbeits- losenversicherung (Zweites Änderungsgesetz zum AVAVG) vom 7.12.1959
Gesetz zur Änderung des 2. ÄndG	Gesetz zur Änderung des Zwei- ten Änderungsgesetzes zum AVAVG vom 3.4.1963
3. ÄndG	Gesetz zur Änderung und Ergän- zung des Gesetzes über Arbeits- vermittlung und Arbeitslosen- versicherung (Drittes Änderungs- gesetz zum AVAVG) vom 28.10.1960
5. ÄndG	Gesetz zur Änderung und Ergän- zung des Gesetzes über Arbeits- vermittlung und Arbeitslosen- versicherung (Fünftes Ände- rungsgesetz zum AVAVG) vom 15.11.1963
8. DVO	Achte Verordnung zur Durchfüh- rung des Gesetzes über Arbeits- vermittlung und Arbeitslosen- versicherung (Verordnung zu §§ 121, 127, 143 d, 143 g und 143 n AVAVG) vom 9.12.1959

11. DVO	Elfte Verordnung zur Durchführung des Gesetzes über Arbeitsvermittlung und Arbeitslosenversicherung (Verordnung zu 143 i AVAVG) vom 15.6.1960
BA	Bundesanstalt für Arbeitsvermittlung und Arbeitslosenversicherung
BAG(GS)	Bundesarbeitsgericht (Großer Senat)
BAnz	Bundesanzeiger (Jg, Nr, Datum, S.)
BavBO	Bayerische Bauordnung
BayBS	Bereinigte Sammlung des Bayerischen Landesrechts (Band und S.)
BetrVerfG	Betriebsverfassungsgesetz
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
BGBI	Bundesgesetzblatt (Jahr, Teil, S.)
BRTV	Bundesrahmentarifvertrag für das Baugewerbe vom 10. August 1962
BStHG	Bundessozialhilfegesetz
BUrlG	Bundesurlaubgesetz
BVG	Bundesversorgungsgesetz
BVerfG	Bundesverfassungsgericht
BVG	Bundesverwaltungsgericht
ETB	Einheitliche Technische Baubestimmungen
FLG	Gesetz zur Regelung der Lohnzahlung an Feiertagen
FN	Fußnote
Gesetz- und Verordnungsblatt für Berlin	Gesetz- und Verordnungsblatt für Berlin, Berlin (Jahr und S.)
Gesetz- und Verordnungsblatt für Rheinland-Pfalz	Gesetz- und Verordnungsblatt der Landesregierung Rheinland-Pfalz, Koblenz (Teil, Jahr und S.)
GewO	Gewerbeordnung

HGB	Handelsgesetzbuch
IG Bau	Industriegewerkschaft Bau-Steine-Erden
IVSS	Internationale Vereinigung für Soziale Sicherheit
Jg	Jahrgang
Jur.Diss.	Juristische Dissertation (Universität und Jahr)
KSchG	Kündigungsschutzgesetz
LAA/LAÄ	Landesarbeitsamt/Landesarbeitsämter (sämtliche Fälle)
LAG	Landesarbeitsgericht
LATV	Tarifvertrag zur Förderung der Aufrechterhaltung der Beschäftigungsverhältnisse im Bauergewerbe während der Winterperiode (Lohnausgleich-Tarifvertrag) vom 10. August 1962
LSG	Landessozialgericht (sämtliche Fälle)
PAF	(Österreichische) Produktive Arbeitslosenfürsorge
RABl	Reichsarbeitsblatt, Berlin (Jahr, Teil und S.)
RKO	Reichskassenordnung
RN	Randnummer
RVA	Rechtsversicherungsamt
RVO	Rechtsversicherungsordnung
SG	Sozialgericht (sämtliche Fälle)
SGG	Sozialgerichtsgesetz
sozialpolitischer Ausschuß	sozialpolitischer Ausschuß beim Hauptausschuß "Bauen im Winter", Bundesministerium für Arbeit und Sozialordnung
südd. VGG	Verwaltungsgerichtsgesetze der süddeutschen Länder
Sw	Schlechtwetter (zwingende witterungsbedingte Gründe im Sinne der §§ 143 e, I, Nr 1 und 143 d, II AVAVG)

SWEG	(Österreichisches) Bauarbeiter-Schlechtwetterentschädigungsgesetz
Swg	Schlechtwettergeld
Swg-Richtlinien	Richtlinien des Verwaltungsrats der BA zur Durchführung des Schlechtwettergeld-(SWG)-Verfahrens (Richtlinien zu § 143 I AVAVG), in Kraft ab 1. November 1963 i. d. F. des Beschlusses vom 31.7.64
Swz	(gesetzliche) Schlechtwetterzeit
TV	Tarifvertrag (sämtliche Fälle)
TVG	Tarifvertragsgesetz
Vb	Vorbemerkung (sämtliche Fälle)
Verordnungsblatt für Groß-Berlin	Verordnungsblatt für Groß-Berlin, Berlin (Jahr, Teil und S.)
VOB	Verdingungsordnung für Bauleistungen
VPOBA	Vorprüfungsordnung für die BA
VwGO	Verwaltungsgerichtsordnung
VwVG	Verwaltungs-Vollstreckungsgesetz
Winterbau-Richtlinien	Richtlinien zu §§ 143 a-c AVAVG und Durchführungsanweisungen des Präsidenten der BA (BA-322/64.1.4.6.7) vom 4. 11. 1964 (DBI A, 1964, S. 975)
ZPO	Zivilprozeßordnung

ERSTES KAPITEL

EINFÜHRUNG

A) Die Winterarbeitslosigkeit der Bauarbeiter.

Das Baugewerbe nahm durch seinen hektischen Saisonrhythmus seit jeher innerhalb der Gesamtwirtschaft eine besondere Stellung ein ¹⁾. Beispielsweise waren Ende Januar 1959 662 517 Bauarbeiter arbeitslos gegenüber 925 443 in Arbeit stehenden Bauarbeitern ²⁾. Hingegen waren am 30.9. 1958 nur 15 000 Bauarbeiter arbeitslos bei rund 62 000 offenen Stellen ³⁾. In den vorangegangenen Jahren waren steiler Aufstieg und jäher Abfall auch gegenüber der Zahl aller Arbeitsloser noch ausgeprägter ⁴⁾, z.B. betrug die Höchstzahl arbeitsloser Bauarbeiter im Winter 1955/56 807 822, während 1 814 887 An im Jahre 1955 und 1 827 241 An 1956 im ganzen höchstens arbeitslos waren ⁵⁾.

-
- 1) Vgl allgemein BT-Drucksache 1240, S. 9; KRANZ-HUBBERT, Schlechtwettergeld und Förderung der Bautätigkeit im Winter, Handkommentar, 2. Auflage, Bad Godesberg 1961, Einführung S. 76 und 77; DRAEGER-Buchwitz-Schönefelder, Gesetz über Arbeitsvermittlung und Arbeitslosenversicherung, 1. Auflage, Stuttgart 1961, Einführung S. 59; GERLAND, Die sozialen, volkswirtschaftlichen und betriebswirtschaftlichen Auswirkungen der gesetzlichen Schlechtwetter-Regelung im Baugewerbe, Diss. Frankfurt 1962, S. 16 ff; a.A. wohl SCHNEIDER, Die Beseitigung der Saisonarbeitslosigkeit in der Bauwirtschaft, Arb-Geb 58, S. 306.
 - 2) Vgl Bericht, BABl 62, S. 910 (Übersicht 8), S. 913 (Übersicht 10 a), S. 920 (Übersicht 16); vgl ferner GERLAND (a.a.O., S. 16 und 17), BT-Drucksache 1240 (S. 9), KRANZ-HUBBERT (wie FN 1).
 - 3) BT-Drucksache 1240, S. 9; KRANZ-HUBBERT, wie FN 1).
 - 4) Wie FN 2); vgl auch KRANZ-HUBBERT, a.a.O., Einführung S. 80 und 81; GEISEL, Bekämpfung der Saisonarbeitslosigkeit der Bauarbeiter, ArbuSozR 58, S. 205.
 - 5) Vgl Bericht, BABl 62, S. 910 (Übersicht 8); GERLAND, a.a.O., S. 18 und 19; vgl auch anonym, Bauarbeiter bestimmen den Arbeitsmarkt, KVg 58, S. 93 (Abdruck).

Die FA hatte zwar gesetzliche Möglichkeiten, der Arbeitslosigkeit entgegenzuwirken, z.B. die wertschaffende Arbeitslosenhilfe, aber sie führten zu keiner wirksamen Hilfe.

I.) Die Gründe der Winterarbeitslosigkeit.

Ursachen der hohen Quote arbeitsloser Bauarbeiter bis zum Winter 1959/60 waren die Ungewißheit über den Witterungsverlauf ¹⁾, mangelnde Aufträge ²⁾, der bei Ag und Bauarbeitern schwache Wille zur Winterarbeit ³⁾, und fehlende Winterschutzmaßnahmen für die Baustellen und Bauarbeiter ⁴⁾. Dabei rechtfertigt der tatsächliche Witterungsverlauf der Winter 1958/59, 1957/58 und vorher von der im Schnitt jeweils etwa 8 - 10 Wochen dauernden Arbeitslosigkeit etwa 14 Tage ⁵⁾. Technisch ist der Winterbau zudem durchaus möglich, die Mehrkosten betragen etwa 3 bis 5% der gesamten Gebäudekosten ⁶⁾, je nach Höhe des Anteils des Sw an der gesamten

-
- 1) Vgl. BT-Drucksache 1240, S. 9; Bericht, BAbl 62, S. 876; vgl. allgemein ferner KÄSTNER, Gedanken zur Saisonarbeitslosigkeit der Bauarbeiter, APA 58, S. 5 ff; SCHNAAS, Vermittlung arbeitsloser Bauarbeiter im Winter, APA 59, S. 222 ff.
 - 2) WEFER (Die Saisonarbeitslosigkeit in der Bauwirtschaft, ArbGeb 58, S. 66 ff/66) hält dies für die Hauptursache; vgl. auch BT-Drucksache 1240 (S. 9), Bericht (BAbl 62, S. 876), GERLAND (a.a.O., S. 21, 91 ff).
 - 3) BT-Drucksache 1240, S. 9; Bericht BAbl 62, S. 876; SALZMANN, Sorgenkind Bauarbeitsmarkt, DVolksW 59, S. 701 ff(702); KRANZ, Problematik, BAbl 59, S. 25; GERLAND, a.a.O., S. 20 und 21; a.A. WEFER, wie FN 2), aber S. 69.
 - 4) BT-Drucksache 1240, S. 9; Bericht, BAbl 62, S. 876; ähnlich GERLAND, a.a.O., S. 20.
 - 5) Vgl. hierzu Bericht, BAbl 62, S. 904 bis 906; vgl. ferner: WEFER, wie FN 2), aber S. 68; KRANZ-HUBBERT, a.a.O., Einführung S. 83 und S. 78; vgl. auch BT-Drucksache 1240, S. 9.
 - 6) Vgl. hierzu: GERLAND, a.a.O., S. 101 ff (insbesondere S. 112), auch S. 142; SAEEL, Durchführung von Bauarbeiten im Winter in Schweden, APA 58, S. 97 und 98 (97); KRANZ-HUBBERT, a.a.O., Einführung S. 83; Memorandum, BAbl 58, S. 674; SCHNAAS, Winterbau, ArbSozPol 62, S. 13; KRANZ, wie FN 3), aber S. 24, vgl. auch LFO, S. 46.

Pauzeit ¹⁾.

II.) Auswirkungen der Saisonarbeitslosigkeit.

Der Bauarbeiter erlitt durch die Arbeitslosigkeit finanzielle Nachteile, denn das Arbeitslosenzgeld deckte seinen Lohnausfall nur zum Teil. Die Ag konnten ihre Kapazitäten nicht ausnützen, ihre Investitionen in Maschinen und Geräten zahlten sich im Winter nicht aus. Dieses Brachliegen von Arbeitskräften und Kapital führte z.B. im Winter 1957/58 zu einem Verlust an Produktionsleistungen in Höhe von etwa zwei Milliarden DM ²⁾. Dies wirkte sich auf den Arbeitsmarkt und auf andere Wirtschaftszweige aus, vor allem auf die Zuliefererindustrie, z.B. ^{auf} die Möbelindustrie, auf holzverarbeitende Betriebe, speziell Sägewerke, auf stahlverarbeitende und -erzeugende Betriebe, insbesondere die Baumaschinenindustrie, am stärksten auf die Industriezweige der Steine und Erden und der Zementherstellung ³⁾; denn das Baugewerbe nimmt eine Schlüsselstellung ein ⁴⁾. Die Bauarbeiterberufe verloren durch diese-scheinbar-berufsbedingte Arbeitslosigkeit viel von ihrer Anziehungskraft auf den Nachwuchs ⁵⁾, trotz der gesetzlichen Möglichkeiten der

1) Eine gute Übersicht über die zu den technischen Fragen des Winterbaus von 1945 bis 1960 vorhandene in- und ausländische Literatur gibt "Bauen im Winter", Stuttgart 1960, bearbeitet von der Dokumentationsstelle für Bautechnik in der Fraunhofer Gesellschaft.

2) Memorandum, BABI 58, S. 673; vgl auch BT-Drucksache 1240, S. 9; Bericht, BABI 62, S. 876.

3) Wie FN 2); KRANZ, Winterbau in den USA und Kanada, BABI 62, S. 19 ff (19); anonym, Wirtschaftspolitik und Sozialpolitik, DOK 59, S. 497 ff (499); GERLAND, a.a.O., S. 67 ff.

4) Vgl GERLAND, a.a.O., S. 41, 67 ff; "hs", Forderung am Bauparkt, ArbuSozPol 61, S. 372; KRANZ, wie FN 3).

5) Vgl statt vieler Memorandum, BABI 58, S. 673; BT-Drucksache 1240, S. 9; Bericht, BABI 62, S. 876; a.A. GERLAND, a.a.O., S. 35.

BA, dem entgegenzuwirken, z. B. nach § 131 AVAVG und auf Grund von Sondergesetzen ¹⁾. Außerdem führte dies zu einer Übernachfrage am Baumarkt ²⁾. Ferner wurde es dadurch erschwert, die gesamten Bauleistungen zu erhöhen.

Während die arbeitslosen Bauarbeiter von der BA z.B. allein im Winter 57/58 450 bis 480 Millionen DM ausgezahlt erhielten, betrug ihre Beiträge und die ihrer Ag ³⁾ im ganzen damaligen Haushaltsjahr der BA nur rund 165 Millionen DM ⁴⁾. Ag und An anderer Wirtschaftszweige mußten deshalb das Arbeitslosenzgeld für die Bauarbeiter mitaufbringen ⁵⁾. Bei einem fast alljährlich derart starken Mißverhältnis zwischen Beiträgen und Leistungen wurde zweifelhaft, ob das Solidaritätsprinzip ⁶⁾ nicht zu Tode geritten werde ⁷⁾.

Aus den Auswirkungen der Arbeitslosigkeit der Bauarbeiter im Winter ergab sich zwingend, daß es not-

-
- 1) Vgl zu diesen Möglichkeiten statt vieler BERING, Eine Untersuchung über die rechtlichen Grundlagen der Berufsberatung und Berufsnachwuchslenkung, Jur.Diss. Erlangen 1959, S.77 ff und 91 ff.
 - 2) Vgl statt vieler GERLAND, a.a.O., S. 65/66.
 - 3) Vgl §§ 157, 158 AVAVG .
 - 4) Vgl BT-Drucksache 1240, S. 10; KRANZ, Problematik, BAPl 59, S. 26; DRAEGER-Buchwitz-Schönefelder, a.a.O., Einführung S. 58; WEBER, a.a.O., ArbGeb 58, S. 70; vgl auch KRANZ, Bericht, Querschnitt, Sonderdruck November 62, S. 3; Bericht, BAPl 62, S. 882; GERLAND, a.a.O., S.61/62; für 1956/57 vgl z.B. SCHMIDT, Verwaltungsprobleme, S. 13.
 - 5) Ebenso anonym, Wirtschaftspolitik und Sozialpolitik, DOK 59, S. 497 ff (499); vgl auch GERLAND (a.a.O., S. 61/62) und WEDDIGEN (Die Behandlung der saisonalen Arbeitslosigkeit im Rahmen des Versicherungsschutzes gegen Arbeitslosigkeit, Berlin 1957, S. 100, 112 ff).
 - 6) Es bedeutet, daß die Beiträge sämtlicher Berufsgruppen das Gesamtrisiko decken müssen, die Höhe des Beitrags einer Berufsgruppe ist unabhängig von ihrem Versicherungsrisiko.
 - 7) Vgl z.B. SCHMIDT, Verwaltungsprobleme des Arbeitslosenschutzes für Bauarbeiter, IVSS-Fulletin 58, S. 305 ff(305); verneinend SALTZMANN Sorgenkind

wendig war, dieser Arbeitslosigkeit abzuheilen. Ziel mußte sein, dem Baugewerbe den Saisoncharakter zu nehmen ¹⁾, denn der wirksamste Schutz gegen diese "berufsfühliche" Arbeitslosigkeit ist, ganzjährig zu bauen ²⁾. Dies wurde in Deutschland mit den Vorschriften der §§ 143 a bis 143 n AVAVG versucht ³⁾. Eine Skizze der Vorgeschichte dieser Vorschriften muß unterbleiben, da sie ohne eigenen Wert wäre ⁴⁾. Es sei nicht verschwiegen, daß dem witterungsbedingten Arbeitsausfall im Baugewerbe auch auf ganz anderem Wege hätte abgeholfen werden können ⁵⁾.

B) Abgrenzung dieser Arbeit.

I.) Zielgleiche Normen.

Das Swg ist in den §§ 143 d bis 143 l AVAVG in Verbindung mit § 143 n AVAVG und dem aufgrund

-
- 1) PULLER, Erfahrungsbericht über die ersten Auswirkungen der Schlechtwettergeldregelung im Baugewerbe, KVG 60, S. 50 und 51 (50).
 - 2) Ebenso die bei SCHMIDT (Verwaltungsprobleme, S. 121 ff/122), teilweise auch bei AHL (Zum Problem der Winterarbeitslosigkeit im Baugewerbe, SozSich 58, S. 359 ff/362) abgedruckten, von der XIII. Generalversammlung der IVSS angenommenen Schlußfolgerungen über die Arbeitslosenversicherung, Nr 9, diese Schlußfolgerungen begrüßen von deutscher Seite SCHILL (Verstärkter Schutz der Bauarbeiter, ArbSozR 58, S. 163), vgl ferner SCHMIDT (Der Versicherungsschutz der Bauarbeiter gegen Arbeitslosigkeit, ABA 58, S. 197 ff/199); ähnlich SCHMIDT, Verwaltungsprobleme des Arbeitslosenschutzes für Bauarbeiter, IVSS-Bulletin 58, S. 305 ff (307).
 - 3) Zu früheren deutschen Versuchen in einzelnen Bundesländern vgl unten S. 172/173; zu "Schlechtwettergeldregelungen" im Ausland vgl unten S. 11/12, S. 29.
 - 4) Einen umfassenden, aber nicht immer chronologischen Überblick geben KRAHZ-HUBBERT, a.a.O., Einführung S. 76 ff.
 - 5) Zur Skala der diskutierten Möglichkeiten vgl statt vieler WEDDIGEN, a.a.O., S. 131 ff, 71 ff, auch S. 138/139; vgl auch wie FN 3).

dieser Bestimmungen erlassenen Durchführungsverordnungen gesetzlich geregelt.

Für das Swg scheiden §§ 143a bis 143c AVAVG als Rechtsgrundlagen aus, da sie ermöglichen, Zuschüsse oder Darlehen an Bauherrn, Zinszuschüsse und Darlehen an Ag des Bau-gewerbes und Trennungsbeihilfen, Arbeitsausrüstung und Fahr-kostenzuschüsse für Bauarbeiter zu gewähren. Sie sollen den Winterbau unmittelbar fördern ¹⁾, während das Swg di-rekt dazu dient, die Av aufrecht zu erhalten ²⁾. - Die Vor-schrift des § 143m AVAVG ermöglicht den AÄ zweierlei. Sie können arbeitslos werdende Bauarbeiter unverzüglich vermit-teln, falls Stellen offen sind ³⁾. Ferner können sie Ag, die in der Swz Bauarbeiter entlassen, hinweisen, daß Win-terbauten gefördert werden können ⁴⁾ und auffordern, wei-terzubauen. Die Norm gehört damit rechtlich nicht zum Swg.

1) Ebenso die allgemeine Meinung, vgl statt vieler Bericht (BABL 62, S. 888), KRANZ-HUBBERT (Vb zu den §§ 143a bis 143n AVAVG), DRAEGER-Buchwitz-Schönefelder (a.a.O., Vb zu §§ 143a bis 143n AVAVG; vgl ferner unten S.13/14; vgl zu Einzelheiten der Förderung in der Praxis, die bei BERNDT-DRAEGER (Arbeitsvermittlung und Berufsbera-tung und Arbeitslosenversicherung/Texte des BAG, des AVAVG und der sonstigen einschlägigen Vorschriften einschließlich Ausführungsvorschriften mit Anmerkungen, Kommentierung des BAG, Rechtsprechung und Verwaltungser-lassen, Band II, Stuttgart, Stand vom Januar 1964, §§ 143a bis 143c AVAVG) abgedruckten Runderlasse des Prä-sidenten der BA.

2) Vgl hierzu unten S. 13 ff, insbesondere S.15/16.

3) Richtig DRAEGER-Buchwitz-Schönefelder, a.a.O., § 143m AVAVG Anm 1; KRANZ-HUBBERT, a.a.O., § 143m AVAVG Erl A.

4) Vgl BT-Drucksache 1240, S. 9; ihr stimmen DRAEGER-Buchwitz-Schönefelder (a.a.O., S. 143m AVAVG Anm 1) und KRANZ-HUBBERT (a.a.O., § 143m AVAVG Erl A) zu; richtig auch ENDERLEIN, Schlechtwettergeld, Arbeits-kammer 60, S. 27; ungenau SCHLÖSSER, Förderung der ganzjährigen Beschäftigung in der Bauwirtschaft so-wie Schlechtwettergeld, NJW 60, S. 181 ff (183).

sondern zu den sonstigen für den Winterbau geschaffenen Normen der §§ 143 a bis 143 c AVAVG ¹⁾. Eines Eingehens auf § 143 m AVAVG bedurfte es deshalb nicht. Gleiches gilt für den Fortfall des § 21, III KSchG durch Art VII, II Nr 3 des 2. ÄndG, wodurch nunmehr der Kündigungsschutz bei Massenentlassungen nach Maßgabe der §§ 15 ff KSchG auch für Bauarbeiter eingreift ²⁾.

II.) Die durch den Sinn dieser Arbeit gesetzten Schranken.

Um den Rahmen dieser Arbeit nicht zu sprengen, mußten sämtliche Bestimmungen, die direkt oder mittelbar dem Schutz der Bezieher von Swg dienen, entfallen. Damit mußten die weniger wichtigen und dogmatisch bedeutungslosen Vorschriften des § 143 g AVAVG über die Höhe des Swg, des § 143 h AVAVG über die Steuerfreiheit des Swg, der §§ 143 i, 143 k AVAVG über die Kranken- und Unfallversicherung der Empfänger von Swg, des § 143 n, II AVAVG über die Richtlinien grundsätzlich unberücksichtigt bleiben. Die Arbeit geht nur auf die Voraussetzungen und das Verfahren der Gewährung von Swg ein. Dabei ging es dem Verfasser sowohl um eine eingehende Darstellung als auch um den

1) Vgl MOLITOR, Förderung der ganzjährigen Beschäftigung in der Bauwirtschaft, AR-Blattei, Baugewerbe VI; ähnlich DRAEGER-Buchwitz-Schönefelder, a. a. O., § 143 m AVAVG Anm 1; andeutungsweise Bericht (BABL 62, S. 887 bis 889), HUBBERT (Vorschriften, SozSich 59, S. 229); LICHTFELD (Winterbeschäftigung der Bauwirtschaft, NWB, Loseblattausgabe, Fach 27, S. 1817 und S. 1818/1818) deutet dies durch Kleindruck an; widersprüchlich ODENDAHL, Das Zweite Änderungsgesetz zum AVAVG, ZSR 60, S. 277 ff (282 und 284).

2) Vgl BT-Drucksache 1240, S. 20; vgl ferner etwa KRANZ-HUBBERT, a. a. O., § 143 m AVAVG Erl A; DRAEGER-Buchwitz-Schönefelder, a. a. O., § 143 d AVAVG Anm 17, § 143 f AVAVG Anm 14; vgl auch BT-Drucksach 1294, S. 1; KREBS, a. a. O., § 143 d AVAVG Anm 16; HUBBERT, wie FN 1), aber S. 230; richtig auch Bericht, BABL 62, S. 895; irrig Erlaß 1./60.1.4. des Präsidenten der BA vom 23. 12. 1959, Nr 4, Abs 1 - GZ: I a 3 5221/5571/7143 m, DBI A 1960, S. 1 und 2; vgl auch unten S. 30 ff, insbesondere S. 34 ff.

Versuch, die Fragen zu beantworten, die das Gesetz aufwirft und von denen der Verfasser meint, daß sie bisher nicht ausreichend gewürdigt wurden ¹⁾. Insoweit mußten auch die technischen, volkswirtschaftlichen und sozialpolitischen Aspekte des Winterbaues und des Swg berücksichtigt werden. Aufgrund der dabei gewonnenen Erkenntnisse konnten auch Wünsche, die Vorschriften zu ändern, kritisch beleuchtet und eigene Vorschläge unterbreitet werden.

III.) Auszuklammernde Ergänzungsvorschriften und Sonderfälle.

Auf die Vorschriften der TV war nur soweit einzugehen, wie das Gesetz auf das Bestehen von arbeitsrechtlichen Regelungen abstellt ²⁾.

Die außerhalb des BRTV und IATV stehenden TV für das Dachdeckerhandwerk konnten dabei im einzelnen nicht geprüft werden ³⁾. Das 2., 3. und 5. ÄndG gelten

1) Beiträge, die sich im wesentlichen darin erschöpfen, den Gesetzeswortlaut zu wiederholen oder gegenüber anderen Schriften und Aufsätzen der gleichen Verfasser zweitrangig sind, werden daher im folgenden außer Acht gelassen; nur als Beispiele seien genannt LEDER (Arbeitslosenversicherung und Arbeitslosenhilfe, Sozialpolitik, Nr 11, S. 21 bis 22), KRANZ und HUBBERT (Förderung der ganzjährigen Beschäftigung in der Bauwirtschaft, Sozialpolitik, Nr 7), KRANZ (Der Bericht der Bundesregierung über die Auswirkungen der Vorschriften zur Förderung der ganzjährigen Beschäftigung in der Bauwirtschaft, ABA 62, S. 122, BABI 62, S. 996 ff, ABA 63, S. 29 ff).

2) Vgl unten S. 30 ff, insbesondere S. 33 ff; vgl auch unten S. 28/29.

3) Für das § 2, Nr 18 der 8. DVO unterfallende Dachdeckerhandwerk bestehen TV vom 1.10.62; diese wurden mit Wirkung vom 1.1.63 für allgemeinverbindlich erklärt (vgl BAnz Jg 15, Nr 20 vom 30.1.63, S. 2); ihr Inhalt gleicht dem des BRTV und IATV.

im Gebiet der Bundesrepublik Deutschland ¹⁾ und West-Berlin ²⁾, ebenso die einschlägigen DVO ³⁾. BRTV und LATV gelten nur für die Bundesrepublik Deutschland, ⁴⁾, sie gehen damit vom Territorialitätsprinzip aus ⁵⁾. Da sie folglich nicht für Berlin gelten, bedurfte es dort besonderer, entsprechender TV. Auch auf diese abzustellen, mußte unterbleiben ⁶⁾.

-
- 1) Ab 1. 4. 1964 gelten auch im Saarland nurmehr §§ 143 d ff AVAVG; vgl Art VII des 2. ÄndG in der Fassung des Gesetzes zur Änderung des 2. ÄndG, in Kraft ab 4. 4. 1963 (BGBl I, S. 181); zur alten Fassung ungenau KRANZ-HUBBERT, a. a. O., S. 156; vgl auch KRZBS, AVAVG, Kommentar, 2. Auflage, München und Berlin, Stand vom 1. April 1964, § 143 d AVAVG Anm 28 bis 31.
- 2) Vgl Art V des 2. ÄndG, Art II des 3. ÄndG, Art IV des 5. ÄndG; Draeger-BUCHWITZ-Schönefelder, a.a.O., § 86 AVAVG Anm 3.
- 3) Vgl § 4 der 8. DVO, § 2 der 11. DVO.
- 4) Vgl § 1, I BRTV, § 1, I LATV.
- 5) Ebenso DRAEGER-Buchwitz-Schönefelder, a.a.O., § 143 d AVAVG Anm 13 für gleiche, frühere Fassungen.
- 6) Vgl hierzu DRAEGER-Buchwitz-Schönefelder, a.a.O., § 143 d AVAVG Anm 9; KRANZ-HUBBERT, a.a.O., § 143 d AVAVG Erl D; Erlaß 1.12.

Z W E I T E S K A P I T E L

V o r a u s s e t z u n g e n d e r G e w ä h -
r u n g v o n S w g

Die Voraussetzungen für die Gewährung von Swg sind in den §§ 143 d, 143 e, 143 f AVAVG geregelt ¹⁾.

A) Allgemeine Voraussetzungen.

Sie sind in § 143 d AVAVG enthalten ²⁾, wie sich aus dessen Fassung und Stellung im Gesetz eindeutig ergibt.

I.) Das Swg als Leistung eigener Art ³⁾.

1.) Das Verhältnis zum allgemeinen Schutzsystem.

Das Swg wird von der BA gewährt ⁴⁾. Da es aus Mithilfe der Arbeitslosenversicherung aufgebracht wird ⁵⁾, wie § 157, § 1 AVAVG ergeben, steht die Regelung des Swg innerhalb des allgemeinen Schutzsystems gegen

- 1) Allgemeine Meinung; vgl statt vieler KRANZ-HUBBERT, a.a.O., Vb zu den §§ 143 d bis 143 n AVAVG; DRAEGER-Buchwitz-Schönefelder, a.a.O., Vb 2 zu den §§ 143 d bis 143 n AVAVG; sinngemäß auch BT-Drucksache 1294, S. 3 .
- 2) Wie FN 1) .
- 3) Diese Bezeichnung wählen gleichfalls DRAEGER-Buchwitz-Schönefelder (a.a.O., § 143 d AVAVG Anm 2) und KRANZ-HUBBERT (a.a.O., § 143 f AVAVG Erl A), auch KREBS, a.a.O., § 143 d AVAVG Anm 3.
- 4) § 143 I, II, 1 AVAVG; vgl hierzu im einzelnen unten S.150 ff.
- 5) TRIESCHMANN, Arbeitgeberzuschuss zum Krankengeld bei Arbeitsausfall während der Krankheit aus anderen Gründen, DB 61, S. 538 ff (541); HEMPELMANN, Schlechtwettergeld für Bauarbeiter, ABA 59, S.265 ff (265); KRANZ, Zur Frage der Krankenversicherung der Schlechtwettergeldbezieher, Arbeiterversorgung 60, S. 79 ff (79); DRAEGER-Buchwitz-Schönefelder, a.a.O., Vb 2 zu den §§ 143 a-n AVAVG; anonym, Förderung der ganzjährigen Beschäftigung in der Bauwirtschaft, BlStSozArbR 60, S.120 ff (121).

Arbeitslosigkeit ¹⁾, das Versicherungscharakter hat. Dies bedeutet, daß die Gemeinschaft aller Versicherten das Swg durch ihre Beiträge finanziert, weshalb von einer Überwälzung der Kosten des Swg auf die Krankenversicherung keine Rede sein kann ²⁾.

Diese Regelung begegnet jedoch Bedenken. - Einmal ergeben die vergleichbaren Regelungen im Ausland - soweit ersichtlich - , daß sich beinahe alle erfolgreichen Schlechtwetterregelungen für Bauarbeiter außerhalb des allgemeinen Schutzsystems finden ³⁾. Beispielsweise werden in den Niederlanden, Frankreich und Großbritannien diese Lohnausfälle aufgrund von Kollektivvereinbarungen durch Sonderkassen ausgedrückt, die von den Ag finanziert werden ⁴⁾. Nach dem österreichischen Bauarbeiter-Schlechtwetterent-

1) Vgl zu dieser Unterscheidung SCHMIDT, Verwaltungsprobleme, S. 21 und S. 22 .

2) Vgl ferner § 143 i AVAVG, sowohl in der ab 1. 11. 1963 geltenden Fassung als auch in der vorherigen Fassung, in Verbindung mit § 1 der 11. DVO und Art II a des ÄndG; a. A.: HOFFMANN, Nochmals: 3. Änderungsgesetz zum AVAVG (Änderung des sogenannten Schlechtwettergeldgesetzes), ErsK 60, S. 217 ff (218); HILLEBRAND, Zur Frage der Krankenversicherung der Schlechtwettergeldbezieher, KVg 61, S. 74 ff (76); anonym, Rückblick und Ausblick an der Jahreswende, ErsK 61, S. 1 ff (?); anonym, Zum Zeitgeschehen, KVg 60, S. 213 ff (215); wohl auch PLOCK, Schlechtwettergeld und Sozialversicherung, SozV 60, S. 232 ff (233); unrichtig HASLER, Der witterungsbedingte Arbeitsausfall der Bauarbeiter, SZS 64, S. 218 ff (220).

3) Vgl SCHMIDT, Verwaltungsprobleme, S. 22 ff; vgl KUHN, Schlechtwettergeld - Ein Vergleich mit ähnlichen Leistungen in anderen Ländern, ABA 65, S. 7 ff; vgl auch HASLER (a. a. O., SZS 64, S. 218 ff), mit dem jedoch unrichtigen Ausgangspunkt, daß Teilarbeitslosigkeit vorübergehende Arbeitslosigkeit während der Dauer des Av bedeute (S. 219); vgl dazu richtig unten S. 18.

4) Vgl hierzu Teil D der jeweiligen Landesmonographien, abgedruckt bei SCHMIDT, Verwaltungsprobleme (Niederlande: S. 91 ff/94, Frankreich: S. 60ff/62, Großbritannien: S. 66 ff/69); WEDDIGEN, a. a. O., S. 51 ff; KUHN, a. a. O., ABA 65, S. 7, 8; HASLER, a. a. O., SZS 64, S. 220, 221; zur schwedischen Regelung vgl statt mehrerer IFO, S. 58, 66, 74.

schädigungsgesetz 1) 2) finanzieren primär Ag und Bauarbeiter die Schlechtwetterentschädigungen 3). Außerdem besteht in Österreich noch die sog. Wintermehrkosten-PAF, in deren Rahmen die witterungsbedingten Mehrkosten des Winterbaus zum Teil ersetzt werden 4) 5). - Zum andern werden nun nicht nur den Bauarbeitern grundsätzlich Ansprüche auf höhere Leistungen aus dem allgemeinen Schutzsystem zuerkannt 6) anstelle des Arbeitslo-

-
- 1) Rechtsgrundlagen: SWEG, Fassung von 1957 (wörtlich: Wiederverlautbarung des Bundesgesetzes über die Gewährung einer Schlechtwetterentschädigung im Baugewerbe), abgedruckt in AN 57, S. 504 ff; 1. Durchführungserlaß vom 26.7.54, abgedruckt in AN 55, S. 255/256; 2. Durchführungserlaß vom 26.3.55, abgedruckt in AN 55, S. 256 ff; 3. Durchführungserlaß vom 10.1.57, abgedruckt in AN 57, S. 15 ff; Erlaß vom 20.2.56, abgedruckt in AN 56, S. 249; Bekanntmachungen des Bundesministeriums für soziale Verwaltung betr. Erhöhung der Zahl entschädigungsfähiger Schlechtwetterstunden (z.B. Kundmachung vom 16.3.62, abgedruckt in AN 62, S. 285).
 - 2) Zum Erfolg: positiv die Landesmonographie, Teil D, abgedruckt bei SCHMIDT, Verwaltungsprobleme, S. 95 ff (99); kritisch LENERT, Die Maßnahmen zur Förderung einer kontinuierlichen Bautätigkeit in der Bundesrepublik Deutschland, abgedruckt in AN 62, S. 277 ff (283); abwägend WEDDIGEN, a.a.O., S. 137/138.
 - 3) Vgl §§ 4, I, 8, I, 12, I mit III SWEG; vgl. HOFMANN, Bauarbeiter-Urlaubsgesetz 1957 und Bauarbeiter-Schlechtwetterentschädigungsgesetz 1957, Kommentar, Wien 1957, S. 61 ff, 65, 71 ff, insbesondere S. 74; KUHN, a. a. O., ABA 65, S. 8, 9, 10; KAZDA, Die gesetzliche Neuregelung der Schlechtwetterentschädigung im Baugewerbe in Österreich, ABA 56, S. 99 ff; SCHMIDT, Der Versicherungsschutz der Bauarbeiter gegen Arbeitslosigkeit, ABA 58, S. 197 ff (198).
 - 4) Rechtsgrundlagen: §§ 42 und 43 des Arbeitslosenversicherungsgesetzes 1958, abgedruckt in AN 58, S. 497 ff (ALVG); 6. Durchführungserlaß zum ALVG in der Fassung vom 25.11.1958 = Richtlinien für die Gewährung von Beihilfen der PAF, abgedruckt in AN 58, S. 686 ff; Richtlinien für die Gewährung von Beihilfen der PAF, vom Bundesministerium für soziale Verwaltung, letztmals für 62/63, abgedruckt in AN 62, S. 709 ff, erlassen; Verfahrensrichtlinien 1956 für das Verfahren bei der Gewährung von Beihilfen der PAF, abgedruckt in AN 56, S. 924 ff; vgl. auch WEDDIGEN, a.a.O., S. 55/56.
 - 5) Vgl insbesondere § 42, I ALVG, Nr. 1 des 6. Durchführungserlasses; zum Erfolg: sehr positiv die Landesmonographie, Teil A, abgedruckt bei SCHMIDT, Verwaltungsprobleme, S. 95 ff (96); kritisch WEDDIGEN, a.a.O., S. 137.
 - 6) Vgl unten S. 15 mit FN 2), 3), 4).

sengeldes ¹⁾, sondern auch die Ag begünstigt ²⁾, ganz abgesehen von den Zuschüssen und Darlehen, die gemäß §§ 143 a bis 143 c AVAVG gewährt werden können. Diese ungewöhnliche Förderung des Bau-
gewerbes ohne direkte zusätzliche Belastung der Ag und An allein zu Lasten der BA und damit auf Kosten aller Versicherten dürfte nur schwerlich noch durch das Solidaritätsprinzip gedeckt werden ³⁾. War es doch schon zweifelhaft, ob sich die Summen des an die Bauarbeiter jeden Winter zu zahlenden Arbeitslosengeldes, wegen dessen Mißverhältnis zu den Beiträgen der Ag und An des Baugewerbes ⁴⁾ noch mit dem Solidaritätsprinzip aller Versicherten vereinbaren lassen ⁵⁾.

2.) Rechtsanspruch auf Swg.

Liegen die gesetzlichen Voraussetzungen vor, so hat der Bauarbeiter auf den Bezug des Swg einen Rechtsanspruch ⁶⁾.

3.) Der Sinn der Gewährung von Swg.

Die Vorschriften der §§ 143 a bis 143 n AVAVG haben Versuchscharakter ⁷⁾. Das grundsätzliche Ziel dieser Normen ergibt weniger die Überschrift des Vierten Abschnitts des AVAVG ⁸⁾, in den sie eingefügt wurden, sondern ihre Überschrift "Förderung der ganzjährigen Beschäftigung in der Bauwirtschaft". Diese Überschrift ist Teil des

1) Vgl unten S. 15; ebenso Bericht, BABl 62, S. 888.

2) Vgl unten S. 15, 16/17.

3) Vgl unten S. 162.

4) Vgl oben S. 4.

5) Vgl oben S. 4 mit FN 7).

6) Vgl im einzelnen unten S. 72 ff.

7) Dies belegt Art VI des 2. ÄndG.

8) Richtig DRAEGER-Buchwitz-Schönefelder, a.a.O., Vb zu den §§ 143 a bis 143 n AVAVG Anm 2; ungenau GERLAND, a.a.O., S. 13, richtig S. 73.

AVAVG 1). Hauptzweck dieser Kontinuität ist in volkswirtschaftlicher und sozialpolitischer Hinsicht, also vom Gesetzgeber her gesehen, ein konstantes Jahresbauvolumen ohne jahreszeitliche Schwankungen 2), in betriebswirtschaftlicher Hinsicht, also von der Bauindustrie her gesehen, ein höheres Jahresbauvolumen 3).

Nach § 4. II, Abs 1 des BRTV, der zusammen mit dem LATV mit Wirkung vom 20.12.1962 für allgemeinverbindlich erklärt wurde 4), wird an Tagen mit Arbeitsausfall infolge Sw 5) kein Lohn bezahlt 6). Mit Rücksicht auf diesen typischen Fall des Betriebsrisikos 7) konnten die Av fristlos gekündigt werden 8). Nach Kündigung bekamen die Bauarbeiter wenigstens Arbeitslosengeld, konnten jedoch trotz zumeist baldiger Wetterbesserung nur schleppend wieder in den Arbeitsprozeß eingegliedert werden 9). Auch die Ag kamen von ihren Verpflichtungen, etwa der Bezahlung der Weihnachts- und Osterfeiertage, los 10).

1) BGBl 1959, I, S. 705 (708).

2) Vgl KRANZ, Auswirkungen, BABl 60, S. 280 und 281; GERLAND, a.a.O., S. 14/15, kritisch S. 86/87.

3) Vgl statt vieler GERLAND, a.a.O., S. 14/15.

4) Banz Jz 15, Nr 16 vom 24.1.1963, S. 1 bis 2; fast alle in dieser Arbeit herangezogenen Vorschriften dieses BRTV und dieses LATV bestehen seit dem 20.8.1959 in allen seitherigen TV im Inhalt unverändert; die einschlägige Literatur und Rechtsprechung kann daher im folgenden ohne Hinweis darauf zitiert werden, auf welchen der seither geltenden TV sie sich beziehen; auf erst später eingefügte TV-Regelungen und Änderungen des BRTV und LATV wird besonders hingewiesen, wenn sie zum ersten Mal herangezogen werden.

6) Vgl auch § 2, Nr 5, Abs 1, Satz 1 BRTV und §§ 4 I, Abs 1, 4, III BRTV; vgl ferner FAG in NJW 61, S. 139, BAG AP Nr 6 zu § 1 FLG mit Anm von DERSCH.

7) HUECK-Nipperdey, Lehrbuch des Arbeitsrechts, I. Band. 6. Auflage, Berlin und Frankfurt a.M. 1963, S. 348, 349; vgl auch NIKISCH, Arbeitsrecht I, S. 602.

8) Vgl § 2, Nr 5 Abs 1, Satz 1 BRTV.

9) Vgl zu den Gründen oben S. 2.

10) Memorandum, BABl 58, S. 675; ähnlich Bericht (BABl 62, S. 895), KRANZ (Vorschriften, BABl 59, S. 808), IFO, S. 16.

Durch die Gewährung von Swg bei Arbeitsausfall aus Witterungsgründen entfallen diese Hemmnisse für den Winterbau ¹⁾. Da das Swg regelmäßig höher als das Arbeitslosengeld ist ^{2) 3) 4)}, stellt sich der Bauarbeiter besser. Er kann nicht auf das ^{Arbeitslosengeld} Al^g ausweichen, weil er wegen Sw nicht wirksam kündigen kann ⁵⁾, so daß er nicht arbeitslos wird ⁶⁾. Gleiches gilt zugunsten des einzelnen Ag, da der Lohnausgleich ⁷⁾ nach § 3, Nr.1, Satz 2 LATV auch Ansprüche aus dem FLG abgilt ⁸⁾. Deshalb verlangt § 143f II AVAVG auch ein ungekündigtes Av ⁹⁾ zur Gewährung des Swg. - Die allein für das Swg charakteristische Art und Weise, den Winterbau zu fördern, der spezielle Zweck des Swg ist darum die Aufrechterhaltung der

-
- 1) Vgl KREBS, a.a.O., § 143d AVAVG Anm16; KRANZ, Vorschriften, BABl 59, S. 808.
 - 2) Vgl § 143 g AVAVG in der ab 1.11.1963 geltenden n.F.; zu deren Entstehungsgeschichte vgl: Bericht, BABl 62, S. 898 bis 899, S. 893; BT-Drucksache IV/1312, S. 2, 4, 5/6; BT-Drucksache IV/1493, S. 2, 4, 6 und 7; zu BT-Drucksache IV/1493, S. 1/2, 1FO, S.14, falsch S.54.
 - 3) Vgl § 143g AVAVG in der Fassung des 3.ÄndG; hierzu war dies allgemeine Meinung, vgl statt vieler: HUBBERT, Der Entwurf eines 3. Änderungsgesetzes zum AVAVG, ArbuSozPol 60, S. 242 und 243 (243); wohl auch Bericht, BABl 62, S. 889; "bam.", Zur ganzjährigen Beschäftigung in der Bauwirtschaft, ArbuSozR 61, S. 209 und 210 (210); ungenau GERLAND, a.a.O., S. 12, richtig S. 39; ungenau BT-Drucksache 2044, S. 3;
 - 4) Zur berechtigten Kritik an § 143g AVAVG in der Fassung des 2. ÄndG vgl: Bericht, BABl 62, S. 893; MUSA, Das Zweite AVAVG-Änderungsgesetz, SozSich 59, S. 356 ff (357); zu weitgehend SALZMANN, Tauende Winterarbeitslosigkeit im Baugewerbe, DVolksW 60, S. 230 ff (231); nach dieser Fassung war das Swg teilweise sogar niedriger als das Arbeitslosengeld, vgl hierzu: REHKER, Das Dritte Änderungsgesetz zum AVAVG, RdA 61, S. 194 ff (196); DRAEGER-Buchwitz-Schönefelder, a.a.O., § 143g AVAVG Anm 1; GERLAND, a.a.O., S.37/38; irrig EENDERLEIN, Schlechtwettergeld, Arbeitskammer 60, S.25.
 - 5) Vgl dazu unten S. 33 ff(34/35).
 - 6) Vgl unten S. 18.
 - 7) Vgl dazu unten S.30 ff, insbesondere S. 36 u. 37.
 - 8) Zustimmend KRANZ, wie FN 1; Bericht, BABl 62, S. 895.
 - 9) Vgl dazu unten S. 66 ff.

tung der Av ¹⁾. Ein direkter Anreiz des Arbeitswillens des Bauarbeiters fehlt, es sei denn, man sieht diesen darin, daß Arbeitslohn aus abgeleiteten Tagewerken und Swg an Ausfalltagen zusammen erheblich höher sind als das entsprechende Arbeitslosengeld ²⁾.

Ein Hinweis auf den speziellen Zweck des Swg ergibt sich auch aus § 143 d, I, Nr 1 und 2 AVAVG, die die Kündigung wegen Sw erschweren ³⁾. Bei Bauarbeitern, deren Av sowieso aufrechterhalten werden, bedarf es des Swg nicht ⁴⁾.

Durch das Swg wird damit der Bauarbeiter auch in Bezug auf Kündigungen bessergestellt ⁵⁾ und die winterliche Arbeitslosigkeit vermindert ⁶⁾. Dem Ag bleibt durch den Fortbestand der Av die eingearbeitete Belegschaft ständig arbeitsbereit erhalten ⁷⁾. Dadurch könnten die langen Winterpausen ver-

-
- 1) MOLITOR, a. a. O., AR-Blattei, Baugewerbe VI; DRAEGER-Buchwitz-Schönefelder (a. a. O., § 143 f AVAVG Anm 14) bezeichnen dies als Zweck; ähnlich: SCHMIDT (Maßnahmen, IVSS-Bulletin 60, S. 187), BRODHUN-STRIPPEL-HENNIG (Arbeitslosenversicherung, Kommentar, Frankfurt a. M., Stand 1964, Vb vor § 143 d AVAVG); mißverständlich BT-Drucksache 1240 (S. 11, 27) und KRANZ-HUBBERT (a. a. O., Vb zu den §§ 143 a bis n AVAVG); Das Swg-Merkblatt (A, I, Nr 1) bezeichnet als Zweck des Swg u. a., daß den An ihre Arbeitsplätze erhalten bleiben, so auch KREBS (a. a. O., § 143 d AVAVG Anm 3) und BRODHUN-STRIPPEL-HENNIG (wie oben); zur Unterscheidung zwischen Av und Beschäftigungsverhältnis vgl unten S. 63 ff.
 - 2) So etwa GERLAND, a. a. O., S. 39/40.
 - 3) Vgl unten S. 33 ff.
 - 4) Vgl unten S. 70 und 71.
 - 5) MUSA, Fortbestand, ArbUr 60, S. 331; TRIESCHMANN, a. a. O., DB 61, S. 541; anonym, Förderung der ganzjährigen Beschäftigung in der Bauwirtschaft, BlStSozArbR 60, S. 120 ff (121); KRANZ, Vorschriften, BABl 59, S. 809; ähnlich DRAEGER-Buchwitz-Schönefelder, a. a. O., § 143 d AVAVG Anm 3.
 - 6) BT-Drucksache 1240, S. 11; BRODHUN-STRIPPEL-HENNIG, wie FN 1); KRANZ, wie FN 5).
 - 7) BRODHUN-STRIPPEL-HENNIG, wie FN 1); IFO, S. 16; KRANZ-HUBBERT, a. a. O., § 143 d AVAVG Erl A; darauf weist auch das Swg-Merkblatt (A, I, Nr 1) unter anderem hin; dies wollten auch die Ag, vgl DERWALD, Die Überkapazität der Bauwirtschaft, KVg 58, S. 236.

vermieden werden ¹⁾, was die betriebliche Leistungsfähigkeit steigern würde ²⁾, wodurch bei genügend Aufträgen Fixkostendegressionen und Kostenvorteile aus früherer Nutzung einträten ³⁾.

Mittelbare Folge, aber nicht Zweck des Swg ⁴⁾, könnte sein, daß das Versicherungsrisiko der BA begrenzt werden würde, und zwar, soweit es die Bauarbeiter betrifft.

4.) Abgrenzung zu ähnlichen Leistungen der Arbeitslosenversicherung.

Wie sämtliche Leistungen, die nach dem AVAVG gewährt werden, ist auch das Swg gemäß § 192, 1 AVAVG keine Leistung der öffentlichen Fürsorge. Wie das Kurzarbeitergeld und die Stilllegungsvergütung hat das Swg Lohnersatzfunktion ⁵⁾. Im Gegensatz zur Stilllegungsvergütung wird Swg aber nicht in bestimmten Fällen eines allgemeinen Notstandes gewährt, sondern wegen Sw ⁶⁾. Vom Kurzarbeitergeld unterscheidet sich das Swg dadurch, daß der Arbeits- und Lohnausfall gerade nicht auf Arbeitsmangel, sondern auf Sw beruht ⁷⁾. Nur in Bezug auf die Krankenversicherung der Bezieher von Swg und von Kurzarbeitergeld liegen gleiche Tatbestände

1) Ähnlich KRANZ, Winterbau in den USA und Kanada, BABl 62, S. 19 ff (19).

2) DRAEGER-Buchwitz-Schönefelder, a.a.O., § 143 d AVAVG Anm 3; KRANZ, wie FN 1).

3) Ausführlich GERLAND, a.a.O., S. 97 ff, zu kritisch S. 142, vgl auch IFO, S. 13/14, 47.

4) So unrichtig wohl SCHMIDT, Maßnahmen, IVSS-Bulletin 60, S. 187.

5) Vgl unten S. 72.

6) Vgl unten S. 42 ff.

7) Vgl unten S. 42 ff; zutreffend KRANZ-HUBBERT, a.a.O., § 143 f AVAVG Erl A; SCHIECKEL (Gesetz über Arbeitsvermittlung und Arbeitslosenversicherung mit Kommentar, 3. Auflage, München, Stand vom 15.9.1964, § 143 f AVAVG Anm 1) spricht von "ähneln"; ähnlich SCHMIDT (Verwaltungsprobleme, S. 21), anders derselbe (Die XIV. Generalversammlung der internationalen Vereinigung für soziale Sicherheit, ABA 62, S. 9); a.A. SALZMANN, Tauende Winterarbeitslosigkeit im Baugewerbe, DVolksW 60, S. 230 ff (231).

vor ¹⁾, denn der Anspruch des erkrankten Bauarbeiters auf Krankengeld wird nicht dadurch vermindert, daß ihm während seiner Krankheit ein Lohnausfall durch Sw oder Kurzarbeit entstanden wäre, wenn er gearbeitet hätte. - Das Swg wird im Gegensatz zum Arbeitslosengeld nur an Bauarbeiter, die in einem Av stehen und daher nicht arbeitslos sind ²⁾ im Sinne des § 75 I AVAVG, gewährt ³⁾. Außerdem ist das Swg keine Holschuld, sondern Schickschuld ⁴⁾. Jedoch liegt das Swg als "Schadensersatz" für den Lohnausfall der Bauarbeiter wegen Sw auf gleicher Ebene wie das Arbeitslosengeld. - Nur kurz sei noch bemerkt, daß sämtliche Verweisungen des Gesetzes auf Vorschriften über Kurzarbeitergeld und Arbeitslosengeld aus Gründen der Vereinfachung soweit wie möglich erfolgten ⁵⁾. Schlüsse auf die Ähnlichkeit des Swg mit diesen Leistungen können daraus nicht gezogen werden, weil sich diese Verweisungen nur auf das Verfahren der Gewährung der Lohnausfallvergütungen ⁶⁾ beziehen.

Jedoch gilt auch für das Swg der Grundsatz der Subsidiarität ⁷⁾ der Unterstützung durch Leistungen der Arbeitslosenversicherung. Dies belegt insbesondere § 143 f IV AVAVG ⁸⁾.

-
- 1) Dies gilt auch für die Neufassung des § 143 i AVAVG durch das 5. ÄndG; zu früheren Rechtslagen ebenso KRANZ, Die Elfte Durchführungsverordnung zum AVAVG, BABl 60, S. 605 ff (605); BT-Drucksache 1240, S. 17; vgl auch unten S. 50.
 - 2) Vgl oben S. 15/16; so auch Bericht, BABl 62, S. 888.
 - 3) KRANZ-HUBBERT (a.a.O., § 143 f AVAVG Erl A), die jedoch von "Arbeits-Beschäftigungsverhältnis" sprechen; SCHMIDT, Verwaltungsprobleme, S. 21.
 - 4) Vgl unten S. 152/153.
 - 5) Vgl z.B. unten S. 81, 72 ff; sehr ähnlich KRANZ-HUBBERT, a.a.O., § 143 f AVAVG Erl A.
 - 6) Vgl unten S. 81 ff.
 - 7) Dieses Prinzip bedeutet, daß der Bauarbeiter während Sw keinen Anspruch auf Swg hat, wenn er selbst seinen Lohnausfall hätte ausgleichen können, z.B. durch Zwischenarbeit, oder wenn er Ansprüche gegen andere Leistungsträger, z.B. Lohnausgleichs- und Krankenkassen hat; vgl dazu auch unten S. 74 ff.
 - 8) Vgl unten S. 77 ff; SALZMANN (Tauende Winterarbeitslosigkeit im Baugewerbe, DVolksW 60, S. 230 ff/231) meint unklar, das Gesetz wolle den Bezug des Swg "erschweren".

II.) Sonderregelung für das Baugewerbe.

Die Sondervorschriften der §§ 143¹⁾ ff AVAVG gelten für witterungsbedingten Arbeitsausfall im Baugewerbe. In § 143 d I AVAVG ist bestimmt, daß die Gewährung von Swz auf Betriebe des Baugewerbes in der Swz beschränkt ist.

1.) Betriebe des Baugewerbes.

Die einzelnen Untergruppen der Betriebe des Baugewerbes ergeben sich aus § 2 der 8. DVO.¹⁾ Hierunter fallen z.B. das Hoch-, Beton- und Tiefbaugewerbe, das Stukkateur-, Bautrocknungs- und Zimmergewerbe, das Straßenbau-, Gerüstbau-, Staker-, Rohrer- und Fliesenlegergewerbe. Zum Erlaß der DVO war der Bundesminister für Arbeit und Sozialordnung nach § 143 d, II mit § 209 AVAVG ermächtigt. Diese Befugnis steht nicht, wie die Ermächtigung, den Zeitraum der Swz festzusetzen²⁾, in einer eigenen Vorschrift am Schluß dieser Sonderregelung mit dem Zusatz "im Sinne dieses Gesetzes". Da sie in einem Absatz des § 143 d AVAVG enthalten ist, kann die 8. DVO daher auch nur die Betriebe des Baugewerbes nach § 143 d AVAVG bestimmen. Sie gilt nicht für Unternehmen und An des Baugewerbes, die nach §§ 143 b, 143 c AVAVG Darlehen und Zuschüsse für die Winterbaumehrkosten erhalten können³⁾. Durch § 2 der 8. DVO sind § 1, I, a bis u BRTV und LATV im

1) Vgl dazu statt vieler KREBS, a. a. O., § 143 d AVAVG Anm 13, 14; zur Abgrenzung in Österreich vgl § 1 SWEG und dazu HOFMANN, a. a. O., S. 61 ff; die einzelnen Untergruppen stimmen im wesentlichen überein.

2) Vgl hierzu unten S. 26 ff.

3) KRANZ-HUBBERT (a. a. O., § 143 d AVAVG Erl B) mit teils gleicher Begründung; im Ergebnis ebenso KREBS, a. a. O., § 143 d AVAVG Anm 7.

selben Umfange übernommen worden ^{1) 2)}.

a) Begriff des Baugewerbes.

Der Begriff des Gewerbes ist hier im Sinne der Gewerbeordnung ³⁾ auszulegen.

Für eine weite Auslegung der Silbe "Bau" ⁴⁾ spricht die Amtliche Begründung zu § 2 der 8. DVO. Diese geht davon aus, daß es zulässig sei, § 2 der 8. DVO zu ergänzen, falls § 1, II LATV erweitert werden würde ⁵⁾. Damit dies rasch geschehen könnte, wurde ermöglicht, die Betriebe durch Rechtsverordnung festzulegen, anstatt durch das schwerer zu ändernde Gesetz ⁶⁾.

Besser erscheint jedoch, davon auszugehen, daß § 143 d, II AVAVG als Sozialrechtssatz -wie die meisten dieser Normen- arbeitnehmerfreundlich auszulegen ist ⁷⁾. Werden daher in Zweigen des Baubetriebes bzw. Bauausbaugewerbes, z.B. im Installa-

-
- 1) Sinngemäß ebenso ENDERLEIN, Schlechtwettergeld, Arbeitskammer 60, S. 26; Bericht (BABl 62, S. 888) spricht von "Anlehnen".
 - 2) Zusätzlich wurde das Dachdeckerhandwerk einbezogen; vgl hierzu oben S.8 mit FN 3).
 - 3) Vgl statt vieler Landmann-Rohmer-Eyermann-FRÖHLER, Gewerbeordnung, Kommentar, 12. Auflage München und Berlin, Stand vom Juli 1964, Einl RN 86 ff (insbesondere auch RN 103); ROHLFING-KISKALT-WOLFF, Handkommentar zur Gewerbeordnung, 3. Auflage, Berlin und Frankfurt a.M. 1961, § 1 GewO Anm 1.
 - 4) Ebenso LÜCKING (Kurzarbeitergeld, Stillegungsvergütung, Schlechtwettergeld, BetrR 60, S. 23 ff/139) ohne Begründung; KRANZ (Vorschriften, BABl 59, S. 810) meint, hierfür sei auch der Bundesminister für Arbeit und Sozialordnung.
 - 5) Amtliche Begründung der 8. DVO, II, zu § 2, abgedruckt bei KRANZ-HUBBERT, a.a.O., S. 230 und 231 (230).
 - 6) Wie FN 5), aber S. 231.
 - 7) Vgl allgemein für das Gebiet des Arbeitsrechts SCHNORR VON CAROLSFELD, Arbeitsrecht, S. 34 und S. 12, FN 2).

tions-, Elektriker- und Malergewerbe ¹⁾, in Zweigen des Bauhilfsgewerbes, z.B. im Glas-, Gebäude- und Schornsteinreinigungsgewerbe ²⁾, Regelungen vereinbart, die § 143 d, I, Nr 1 und 2 AVAVG erfüllen ³⁾, so ist zulässig, § 2 der 8. DVO auf diese Zweige auszudehnen. - Die Aufzählung in § 2 der 8. DVO ist abschließend ⁴⁾. Dies ergibt der Charakter dieser DVO, die zwingendes Recht ist, was keiner Begründung bedarf.

Das Baugewerbe muß "betrieben" ⁵⁾ werden, es müssen daher baugewerbliche Arbeiten durchgeführt werden ⁶⁾. Das bedeutet, daß diese Arbeiten auf fortgesetzte Erstellung von Bauten aller Art oder sonstige bauliche Leistungen gerichtet sein müssen ⁷⁾. Dies muß der wirtschaftliche Hauptzweck des Betriebes sein. Überwiegen andere Zwecke, so unterfällt der gesamte Betrieb nicht § 143 d AVAVG, selbst wenn er über Baubetriebsabteilungen verfügen sollte ⁸⁾.

-
- 1) Während der Bericht (BABl 62, S. 883) diese Beispiele für das Baunebengewerbe bringt, erläutert SCHMIDT (Verwaltungsprobleme, S. 11, FN 2)) an ihnen den Begriff des Bauausbaugewerbes.
 - 2) Vgl allgemein SCHMIDT, wie FN 1), aber, S. 11, FN 3).
 - 3) Vgl hierzu unten S. 29 ff.
 - 4) DRAEGER-Buchwitz-Schönefelder, a.a.O., § 143 d AVAVG Anm 24; BRODHUN-STRIPPEL-HENNIG, Anm 1 zu § 2 der 8. DVO.
 - 5) Zum Betriebsbegriff vgl unten S. 22 ff.
 - 6) Allgemeine Meinung; vgl statt vieler DRAEGER-Buchwitz-Schönefelder, a.a.O., § 143 d AVAVG Anm 24; BLUMENSAAT-GEERLING-LEBER, Urlaub, Lohnausgleich und Zusatzversorgung im Baugewerbe, 1. Auflage, Bergisch-Gladbach 1961, S. 39; vgl zu Einzelfällen ferner KRANZ-HUBBERT, a.a.O., § 143 d AVAVG Erl B .
 - 7) Vgl die Definition des "baugewerblichen Betriebs" in § 1, II, Abs 2 LATV und BRTV ; diese übernehmen KRANZ-HUBBERT (wie FN 6)), ferner BLUMENSAAT-GEERLING-LEBER (a.a.O., S. 31), MOLITOR (a.a.O., AR-Blattei, Baugewerbe VI), wohl auch Erlaß (1.10).
 - 8) Im Ergebnis wohl auch KRANZ-HUBBERT, wie FN 6); vgl zur ähnlichen Lage bei Tarifkonkurrenz: BLUMENSAAT-GEERLING-LEBER (a.a.O., S. 31), HUECK-NIPPERDEY (a.a.O., S. 362), SCHNORR VON CAROLSFEID (Arbeitsrecht, S. 113 und 114), MOLITOR (wie FN 7)), BAGAP Nr 6 zu § 4 TVG Geltungsbereich, BAGAP Nr 4 zu § 4 TVG Tarifkonkurrenz.

Da sich § 2 der 8. DVO und § 1 II, a bis BRTV und LATV decken, können im folgenden die für den fachlichen Geltungsbereich des LATV und BRTV bestehenden Normen und die hierzu entwickelten Grundsätze herangezogen werden, um das Gesetz auszulegen ¹⁾.

Nach § 1 II Abs.3 BRTV fallen die Betriebe, soweit sie ihrer Tätigkeit nach überwiegend zu den in § 1 IIa bis u BRTV aufgeführten Zweigen des Baugewerbes gehören, grundsätzlich als Ganzes unter den BRTV. Das bedeutet, daß nicht der Verwendungszweck der gefertigten Produkte für die Zuordnung zum Baugewerbe maßgebend ist ²⁾, sondern der Hauptzweck des Gesamtbetriebes ³⁾. Auch die Verkehrsanschauung, die für den Betriebssitz der betreffenden Firma gilt, die Zugehörigkeit des Betriebs zu einer bestimmten Berufsgenossenschaft und zu einem bestimmten Fachverband können Anhaltspunkte für die Zugehörigkeit zu § 2 der 8. DVO sein ⁴⁾, ebenso die Selbstbetrachtung. Ferner kommt es darauf an, ob der Az für alle An an die Zusatzversorgungskasse des Baugewerbes

-
- 1) Sehr ähnlich BRODHUN-STRIPPEL-HENNIG, a. a. O., Anm 1 zu § 2 der 8. DVO; KREBS, a. a. O., § 143 d AVAVG Anm 9; vgl zu Abgrenzungsschwierigkeiten bei einzelnen Betriebsarten BLUMENSAAT-GEERLING-LEBER, a. a. O., S. 31 ff; vgl ferner Erlaß 1.23, Erlaß 1.30 bis 1.53.
 - 2) BLUMENSAAT-GEERLING-LEBER (a.a.O., S 30, 47, 48) mit weiteren Nachweisen aus Literatur und Rechtsprechung.
 - 3) Vgl statt vieler BLUMENSAAT-GEERLING-LEBER, a.a.O., S. 31, ferner wie FN 2, jedoch mißverständlich, wenn sie die Fachzugehörigkeit der geleisteten Arbeit für maßgebend erklären; vgl auch BAG AP Nr 6 zu § 4 TVG Geltungsbereich; vgl ferner BAG AP Nr 4 zu § 4 TVG Tarifkonkurrenz; beachte auch Urteil des LAG Düsseldorf vom 5. 5. 1964, DBI C, Nr 1011 zu § 143 d AVAVG.
 - 4) Sinngemäß ebenso HEMPELMANN, a. a. O., ABA 59, S. 268; Erlaß 1.13.

Geldbeträge abführt zur Gewährung zusätzlicher Leistungen zur sozialen Rentenversicherung in Gestalt von Beihilfen zum Altersruhegeld sowie zur Berufs- oder Erwerbsunfähigkeitsrente und von Sonderbeihilfen zu diesen Leistungen.¹⁾

Die vorstehenden Voraussetzungen werden z.B. hinsichtlich der Leiter- und Stahlrohrgerüstbau- und Vermietbetriebe zur Zeit nur von den Hamburger Betrieben generell erfüllt²⁾. Auch in der Praxis wird im allgemeinen vermutet, daß in den übrigen AA-Bezirken die Gerüstbaubetriebe grundsätzlich nicht unter den fachlichen Geltungsbereich des BRTV fallen³⁾.

b) Definition des Betriebes.

Die Erklärung des Ausdrucks "Betrieb" ergibt sich aus Normzweck und allgemeinem Sprachgebrauch⁴⁾. Man wird darunter die auf bestimmte Tätigkeiten gerichteten Einheiten sachlicher Betriebsmittel, in denen An beschäftigt sind, verstehen müssen⁵⁾. - Aus § 1 II Abs 3 BRTV muß geschlossen werden, daß alle fachfremden, unselbständigen Abteilungen von Baubetrieben und solche fachfremde, selbständige Abteilungen, die von keinem anderen TV

-
- 1) Vgl § 3 des TV über eine zusätzliche Alters- und Invalidenbeihilfe im Baugewerbe und § 2 des TV über besondere Alters- und Invalidenbeihilfen im Baugewerbe.
 - 2) Vgl BLUMENSAAT-GEERLING-LEBER (a.a.O., S. 37), die die Auffassung der Tarifvertragspartner wiedergeben.
 - 3) Vgl Erlass 1.41, vgl auch KREBS, a.a.O., § 143 d AVAVG Anm 15.
 - 4) Vgl allgemein SCHNORR VON CAROLSFELD (Arbeitsrecht, S. 29 mit FN 5).
 - 5) Wie oben S. 21, FN 7; zu den Definitionen im Arbeitsrecht vgl SCHNORR VON CAROLSFELD (Arbeitsrecht, S. 29 ff), HUECK-Nipperdey (a.a.O., S. 91), NIKISCH (Arbeitsrecht I, S. 150/151), DIETZ (Betriebsverfassungsgesetz, Kommentar, 3. Auflage, München und Berlin 1960, § 1 BetrVerfG Anm 36).

in seinen Geltungsbereich einbezogen werden, dem Betriebsbegriff des §143 d AVAVG unterfallen ¹⁾. Dies ist die Folge des in § 1, II, Abs.3, Satz 2 RRTV angewandten Grundsatzes der Tarifeinheit ²⁾. Überwiegt keine Betriebsbranche ³⁾, und werden die selbständigen, fachfremden Abteilungen von anderen TV erfaßt, so fallen nur die Baubetriebsabteilungen unter § 143 d AVAVG ⁴⁾.

Als unselbständige Abteilung ist jede anzusehen, die dem Hauptzweck des Unternehmens dient ⁵⁾. Eine Abteilung mit begrenzter, eigener Organisation und besonderem technischen Zwecke, nicht unbedingt räumlich getrennt, ist selbständig ⁶⁾. Für die Zuordnung einer Abteilung zu den Betrieben des Baugewerbes nach §143 d AVAVG kommt es nicht darauf an, daß in diesen Abteilungen wegen Sw nicht gearbeitet werden kann ⁷⁾. Die Witterungsabhängigkeit des Arbeitsplatzes ist vielmehr eine persönliche Voraussetzung des Anspruches und daher in § 143 f, I, Nr 1 AVAVG geregelt ⁸⁾.

1) Ebenso Erlaß 1.20; ungenau KREBS (a.a.O.), § 143 d AVAVG Anm 8,10,11).

2) Im Ergebnis ebenso Erlaß 1.22 mit 1.20.

3) In Wirklichkeit liegen dann zwei Betriebe vor, wie SCHNORR VON CAROLSFELD (Arbeitsrecht, S. 113) ausführt.

4) So auch Erlaß 1.22; ungenau KRANZ-HUBBERT, a.a.O., §143 d AVAVG Erl B.

5) Vgl BLUMENSAAT-GEERLING-LEBER, a.a.O., S. 33; vgl ferner Erlaß 1.21; für das Arbeitsrecht ebenso SCHNORR VON CAROLSFELD (Arbeitsrecht, S. 113), ähnlich HUECK-Nipperdey, a.a.O., S. 94/95.

6) Für "Mischbetriebe" vgl BLUMENSAAT-GEERLING-LEBER, a.a.O., S. 33 und 46; vgl ferner Erlaß 1.22; für das Arbeitsrecht vgl SCHNORR VON CAROLSFELD, Arbeitsrecht, S. 32 und 33; ähnlich NIKISCH, Arbeitsrecht I, S 154; HUECK-Nipperdey, a.a.O., S. 93; vgl auch § 3 BetrVerfG und die dazu einschlägige Literatur.

7) A.A. anscheinend KRANZ-HUBBERT (a.a.O., § 143 d AVAVG Erl B) und KREBS (a.a.O., §143 d AVAVG Anm 8).

8) Zu Einzelheiten vgl unten S.55.

c) Räumliche Abgrenzung.

Auszugehen ist vom räumlichen Geltungsbereich des AVAVG, der Bundesrepublik Deutschland und West-Berlin ¹⁾.

Es ist möglich, daß ein Arbeiter auf einer Baustelle im Inland tätig ist, dessen Lohnstelle ²⁾ oder Betriebs-sitz ³⁾ ⁴⁾ im Ausland liegen. Ob Swg gewährt werden kann, ist davon abhängig, ob die deutschen Vorschriften über das Swg oder die Rechtsnormen eines anderen Staates gelten; dies ist daher ein Problem des Normengrenzrechts. - Für das hier einschlägige Gebiet des Sozialversicherungsrechts kommt es allein auf den Beschäftigungsort ⁵⁾ an ⁶⁾, da es sich um rein öffentliches Recht handelt ⁷⁾.

Das grundsätzliche Ziel des Swg führt hier zu dem gleichen Ergebnis. - Unterfällt der Betrieb dem räumlichen

-
- 1) Vgl oben S. 8/9; ungenau KRANZ-HUBBERT (a.a.O., § 143d AVAVG Erl B), richtig jedoch in Bezug auf Berlin (a.a.O., § 143d AVAVG Erl D).
 - 2) Für Gewährung von Swg in diesem Falle Erlaß (9.11) und Swg-Richtlinien (II, Nr 5, Satz 2).
 - 3) Für Gewährung von Swg in diesem Falle KRANZ-HUBBERT, a.a.O., § 143d AVAVG Erl B.
 - 4) Vgl zum Begriff statt vieler SCHNORR VON CAROLSFELD, Arbeitsrecht, S. 52, FN 1), FN 5); BEITZKE, Räumliche Kollisionen arbeitsrechtlicher Normen, AR-Blattei, Rechtsquellen III, B, III, 2; vgl auch GAMILLSCHEG, Internationales Arbeitsrecht, Berlin-Tübingen 1959, S. 127/128.
 - 5) Vgl §§ 153 ff RVO und die dazu einschlägige Literatur; auch die Arbeitslosenversicherungspflicht knüpft darauf an, vgl DRAEGER-Buchwitz-Schönefelder, a.a.O., § 56 AVAVG Anm 24; vgl auch § 143 f, I, Nr 1 AVAVG und hierzu unten S. 54/55.
 - 6) Vgl DRAEGER-Buchwitz-Schönefelder, wie FN 5), § 120 AVAVG Anm 5; Draeger-BUCHWITZ-Schönefelder, a.a.O., § 188 AVAVG Anm 2; vgl auch NEUMEYER, Internationales Verwaltungsrecht, Zweiter Band, Innere Verwaltung. II., München und Berlin 1922, S. 432 ff (634 u. 635, 641 mit FN 30 u. S. 642 mit FN 30a, ferner S. 642/643).
 - 7) So schon allgemein NEUMEYER, a.a.O., S. 432 ff (634, 639 ff/641).

und fachlichen Bereich des LATV und BRTV, so wäre ein Ausschluß von § 143 d AVAVG wenig sinnvoll. Der Winterbau soll doch auf allen Baustellen im Geltungsbereich des AVAVG gefördert werden ¹⁾, nicht aber auf den Betriebssitzen oder Lohnstellen. Dies erhellt, daß für die Einbeziehung in § 143 d AVAVG weder der Wohnsitz, noch der Betriebssitz, noch der Ausgangspunkt für die Außenarbeit, sondern nur der Beschäftigungs-ort, der in diesen Fällen in aller Regel die Baustelle ist, entscheidend ist. An die Baustelle knüpft auch § 143 I, 1 AVAVG an ²⁾. Unterfällt daher die Baustelle räumlich dem AVAVG, so ist sie als der Betrieb des Baugewerbes im Sinne des § 143 d AVAVG anzusehen, auch wenn der Betriebssitz im Ausland liegt. ³⁾ Liegt die Baustelle im Ausland, so gilt das AVAVG nicht, weshalb kein Swg gewährt werden kann ⁴⁾. - Dieses Ergebnis wird gestützt durch die Erwägung, daß §§ 143 a bis 143 n AVAVG ihrer Zielsetzung nach ⁵⁾ zu den Normen gehören, die befehlend in sämtliche Av eingreifen, die sich auf unserem Staatsgebiet durch die Tätigkeit der Bauarbeiter äußern ⁶⁾. Das deutsche Recht geht vor bei Widerstreit mit dem Wirkungsstatut ⁷⁾, das ja wieder vom Betriebsort und dem gemeinsamen Heimatrecht abhängt ⁸⁾.

2.) Bindung an bestimmte Zeit.

Die Zeit, in der Swg gewährt werden kann, reicht

1) Vgl oben S. 13/14.

2) Vgl unten S. 89; vgl auch unten S. 54/55.

3) Vgl zu weiteren Fällen, in denen eine Baustelle einem Betrieb gleichgestellt wird, unten S 89/90 mit FN 1) 2).

4) Im Ergebnis auch: Erlaß 8.10; DRAEGER-BUCHWITZ-Schönefelder, a. a. O., § 143 d AVAVG Anm. 13; BRODHUN-STRIIPPEL-HENNIG, a. a. O., § 143 I AVAVG Anm 5.

5) Wie FN 1)

6) Hier wird einem von SCHNORR VON CAROLSFELD (Probleme des internationalen Arbeitsrechts, RdA 58, S. 201 ff/203) für das internationale Arbeitsrecht entwickelten Gedankengang gefolgt.

7) SCHNORR VON CAROLSFELD, wie FN 6), jedoch S. 203, nochmals u.a. S. 209.

8) Wie FN 7), jedoch S. 202 und 203.

vom 1. November bis 31. März. Sie ist durch § 143 n, I, 1 AVAVG mit § 1 der 8. DVO so abgesteckt. Dies ist zwingendes Recht ¹⁾. Obwohl der Ausdruck "im Sinne dieses Gesetzes" in § 143 n, I, 1 AVAVG doch wohl als "im Sinne des AVAVG" auszulegen ist ²⁾, soll die Swz nur für § 143 a AVAVG bis 143 n AVAVG gelten ³⁾. Dies kann dahingestellt bleiben, da keine weiteren Normen außerhalb dieser Vorschriften von der Swz ausgehen.

Die Norm des § 143 n, I AVAVG beruht auf der Notwendigkeit, etwaige Schwankungen der Swz aufzufangen, was durch die Befugnis, Rechtsverordnungen zu erlassen, rascher möglich ist, als durch eine Änderung des Gesetzes ⁴⁾.

Die Spanne der Swz richtet sich nach dem Ziel der §§ 143 a bis 143 n AVAVG ⁵⁾ und danach, wie das Swg dieses Ziel zu erreichen sucht ⁶⁾. Die Swz umfaßt nämlich bewußt die Zeiträume der früheren "Entlassungswellen" im Baugewerbe ⁷⁾. Sie deckt sich nicht völlig mit dem in § 2, Nr 5, Abs 1, Satz 1 BRTV bestimmten Zeitraum ⁸⁾, da dieser bereits am 15. Oktober beginnt.

1) KRANZ-HUBBERT, a.a.O., § 143 n AVAVG Erl B; allgemein KREBS (Die Richtlinien und ähnliche Vorschriften im AVAVG und ihre Bedeutung für die Rechtsprechung, DOK 59, S. 193 ff/193).

2) Unklar KRANZ-HUBBERT, a.a.O., § 143 a AVAVG Erl C.

3) Vgl § 1 der 8. DVO; vgl ferner Amtliche Begründung der 8. DVO, II zu § 1, abgedruckt bei KRANZ-HUBBERT, a.a.O., S. 230 und 231 (230).

4) Bt-Drucksache 1240, S. 17; KRANZ-HUBBERT, a. a. O., § 143 n AVAVG Erl A; HUBBERT, Vorschriften, SozSich 59, S. 231; ähnlich BRODHUN-STRIPPEL-HENNIG, a. a. O., § 143 n AVAVG Anm 1.

5) Vgl oben S. 13/14.

6) Vgl oben S. 13 ff, insbesondere S. 15/16.

7) Darauf weist Bericht (BAbl 62, S. 894) besonders hin.

8) Vgl hierzu unten S. 34 ff.

Die Ermächtigung des § 143 n, I, 2 AVAVG, für einzelne Bezirke unterschiedliche Zeiträume zu bestimmen, wurde bisher nicht ausgeschöpft, da bei Erlaß der 8. DVO objektive Richtwerte für Klimazonen gefehlt haben ¹⁾ und noch immer fehlen ²⁾.

III.) Junktim zwischen gesetzlicher und tarifvertraglicher Regelung.

Die Voraussetzungen des § 143 d, I, Nr 1 und 2 AVAVG wurden im Hinblick auf die damals bereits bestehen TV geschaffen. Diese TV enthielten ihrerseits Bestimmungen, die einer entsprechenden gesetzlichen Regelung den Weg ebnen sollten ³⁾. Werden die §§ 143 a bis 143 n AVAVG aufgehoben, geändert oder ergänzt, so könnten möglicherweise die TV ihren Zweck ⁴⁾ nicht mehr erreichen. Deshalb sieht § 12, Abs 1, Satz 3 LATV für solche Fälle ein fristloses Kündigungsrecht jeweils zum Monatsende vor. Noch deutlicher ergibt sich die Verknüpfung zwischen Gesetz und arbeitsrechtlicher Regelung aus § 2, Nr 5, Abs 1, Satz 2 BRTV ⁵⁾, der den Ausschluß der Kündigung aus Witterungsgründen vom Bestehen einer gesetzlichen Lohnausfallregelung abhängig macht ⁶⁾.

Die gemeinsamen Ziele der gesetzlichen und der arbeitsrechtlichen Regelung können folglich nur verwirklicht werden, wenn beide gleichzeitig beste-

-
- 1) Dies dürfte die Amtliche Begründung der 8.DVO, II, zu § 1, abgedruckt bei KRANZ-HUBBERT(a.a.O., S. 230 und 231/230) ergeben.
 - 2) Bericht, BABl 62, S. 894.
 - 3) Vgl KRANZ, Vorschriften, BABl 59, S. 808; KRANZ-HUBBERT, a.a.O., Einführung S. 84/85.
 - 4) Vgl § 3, Nr 1, Abs 1, Satz 1 LATV.
 - 5) In dieser Fassung erst ab 12.1.1960; die frühere Fassung war jedoch inhaltsgleich.
 - 6) Sinnleich KRANZ, wie FN 3).

hen ¹⁾. Diese gegenseitige Verzahnung wird gemeinhin als Junktim bezeichnet ²⁾, bzw. als Verknüpfung und gegenseitige Abhängigkeit ³⁾.

Eine ähnliche gemischt gesetzlich-tarifvertragliche Regelung bestand - jedenfalls in ihrem Ergebnis - bereits früher im Kanton Genf ⁴⁾ und besteht nunmehr in der gesamten Schweiz ⁵⁾. Deswegen ist das Zusammenwirken zwischen gesetztem und autonomem Recht weder ein erstmaliger Versuch in der Rechtsgeschichte ⁶⁾, noch etwas ganz Besonderes und Einmaliges ⁷⁾. - Für Deutschland ist diese Methode, sozialpolitische Probleme zu bewältigen, allerdings neuartig ⁸⁾.

-
- 1) Ähnlich HUBBERT, Vorschriften, SozSich 59, S. 231.
 - 2) DRAEGER-Buchwitz-Schönefelder, a.a.O., § 143 d AVAVG Anm 2; KRANZ-HUBBERT, a.a.O., § 143 d AVAVG Erl A.
 - 3) DRAEGER-Buchwitz-Schönefelder, a.a.O., Vb 3 zu den §§ 143 d bis 143 n AVAVG; Bericht, BABl 62, S. 888; noch zu schwach SCHREIBER (Neue Vorschriften über die Förderung der ganzjährigen Beschäftigung in der Bauwirtschaft, DVZ 61, S. 10 ff/10), die von einem "engen Zusammenhang" spricht; ungenau IFO, S. 16.
 - 4) Vgl die bei SCHMIDT (Verwaltungsprobleme, S. 107 ff, 110 und 111) abgedruckte Landesmonographie der Schweiz, Teil D; vgl auch HASLER, a. a. O., SZS 64, S. 225 FN 1); zu weiteren ausländischen Regelungen vgl oben S. 11/12.
 - 5) Ausführlich HASLER, a. a. O., SZS 64, S. 225 ff (insbesondere S. 227), zu zaghaft, S. 228; KUHN, a. a. O., ABA 65, S. 8, 9, 10.
 - 6) A. A., falls sie unter "Rechtsgeschichte" nicht nur die deutsche Rechtsgeschichte verstehen: Bericht (BABl 62, S. 888), DRAEGER-Buchwitz-Schönefelder (wie FN 3), KNOBLOCH (Bericht, Arbeiterversorgung 62, S. 197 ff/198), derselbe (Erfolgreicher Winterbau, ArbuSozPol 62, S. 359 ff/360).
 - 7) A. A. die in FN 5) angeführte Literatur, falls sie diese Einmaligkeit nicht nur für Deutschland annimmt.
 - 8) Ob KNOBLOCH (Erfolgreicher Winterbau, ArbuSozPol 62, S. 359 ff/360) diese Neuartigkeit nicht nur für Deutschland bejaht, bleibt offen; vgl zu früheren deutschen Versuchen unten S. 174/175.

B) Ausschluß der Kündigung aus Witterungsgründen und Anwartschaft auf Lohnausgleich.

I.) Erfüllung der gesetzlichen Voraussetzungen.

1.) Durch TV.

Die Vorschriften des § 143 d I, Nr 1 und 2 AVAVG ¹⁾ setzen voraus, daß Kündigungen aus Witterungsgründen erschwert werden und Anwartschaft auf Lohnausgleich gewährleistet ist. Dies wird zur Zeit durch den BRTV und LATV erfüllt ²⁾. Diese TV gelten wegen ihren Allgemeinverbindlichkeitserklärungen ³⁾ nicht nur für die Mitglieder der Tarifvertragsparteien ⁴⁾, sondern auch unmittelbar und zwingend zwischen Ag und Bauarbeitern, die nicht Mitglieder der Tarifvertragsparteien sind ⁵⁾. Diese Voraussetzungen können daher zur Zeit durch besondere Betriebsvereinbarungen auch nach der einschränkenden Auslegung des § 59 BetrVerfG ⁶⁾ nicht erfüllt werden, zumindest sind sie entbehrlich ⁷⁾.

1) Die Norm des § 143 d I AVAVG lautet:

"(I) In Betrieben des Bauzwerbes wird in der Schlechtwetterzeit Schlechtwettergeld gewährt, wenn
1. in der Schlechtwetterzeit aus Witterungsgründen ohne Einhaltung einer Frist nicht gekündigt werden kann,
2. bei Arbeitsausfall unbeschadet des Anspruchs auf Urlaub eine Anwartschaft auf Lohnausgleich für einen zusammenhängenden Ausgleichszeitraum von mindestens acht Kalendertagen, in den die Weihnachtsfeiertage und der Neujahrstag fallen, gewährleistet ist."

2) Zu den Einzelbestimmungen vgl unten S. 33 ff.

3) Vgl oben S. 14 mit FN 4).

4) Zum Begriff vgl § 2 TVG und die dazu einschlägige Literatur.

5) Vgl § 5 IV TVG; vgl ferner Erlaß 1.13; DRAEGER-Buchwitz-Schönfelder, a.a.O., § 143 d AVAVG Anm 9; zur Wirkung einer Allgemeinverbindlichkeitserklärung vgl statt vieler: Hueck-NIPPERDEY, Lehrbuch des Arbeitsrechts, 6. Auflage, II. Band, Berlin und Frankfurt a.M. 1957, S. 473, 477, 478; NIKISCH, Arbeitsrecht II, S. 499

6) Vgl hierzu SCHNORR VON CAROLSFELD, Arbeitsrecht S. 84.

7) Im Ergebnis gleich Erlaß 1.13.

Lägen zur Zeit keine gütenden TV vor, oder mangelte es an den Allgemeinverbindlichkeitserklärungen, so würden die früheren TV gemäß § 4 V TVG ¹⁾ nachwirken. Durch dieses Nachwirken wären die Voraussetzungen des § 143 d I, Nr 1 und 2 AVAVG jedoch nicht in jenen Betrieben erfüllt, deren Ag nach Beendigung der Erklärung mit den Bauarbeitern etwas für diese Ungünstigeres vereinbart hätten. Gleiches gälte für Betriebe, die erst danach gegründet worden wären ²⁾.

2.) Durch sonstige Vereinbarungen.

Die oben gezeigte mögliche Lücke der Nachwirkung könnte durch arbeitsrechtliche Vereinbarungen geschlossen werden ³⁾. Gleiches gälte natürlich, falls noch nie entsprechende TV abgeschlossen worden wären ⁴⁾. In Frage kämen Betriebsvereinbarungen und Einzelarbeitsverträge ⁵⁾.

Zwar deutet die Fassung des § 143 d I Nr 1 und

1) Für Fehlen der Allgemeinverbindlichkeitserklärung vgl Schnellbrief, S. 1; allgemein ähnlich Hueck-NIPPERDEY, a.a.O., S. 494; vgl ferner NIKISCH, Arbeitsrecht II, S. 392.

2) Schnellbrief, S. 2; allgemein teils noch weiter BAG AP Nr 1 zu § 4 TVG mit zustimmender Anm von TOPHOVEN; wohl ebenso NIKISCH, Arbeitsrecht II, S. 391 und 392; ähnlich Hueck-NIPPERDEY, a.a.O., S. 387.

3) Ähnlich KRANZ-HUBBERT, a.a.O., § 143 d AVAVG Erl D; SCHMIDT, Maßnahmen, IVSS-Bulletin 60, S. 186.

4) Wie FN 3).

5) So auch KRANZ-HUBBERT, wie FN 3); SCHMIDT (wie FN 3)) hält dies für gesetztechnisch interessant.

2 AVAVG darauf hin, daß vor allem an tarifvertragliche Rechtsnormen zur Erfüllung der Nr 1 und 2 gedacht wurde. Aber beabsichtigt ist doch, daß in jedem Betrieb, dessen Ag etwas Entsprechendes vereinbart hat, Swg gewährt werden kann. Durch einzelbetriebliche Absprachen wird in diesen Betrieben die Aufrechterhaltung der Av genausogut gesichert

wie durch TV. Deshalb sind auch sonstige arbeitsrechtliche Regelungen, die diesen Zweck erfüllen, und damit den Forderungen des § 143 d, I, Nr 1 und 2 AVAVG gerecht werden, anzuerkennen. In solchen Betrieben wäre bei Fehlen einer wirksamen Regelung durch TV dennoch Swg zu gewähren.

Verträge zwischen einzelnen Ag als Versprechenden und der BA als Versprechensempfänger zugunsten der in diesen Betrieben tätigen Bauarbeiter können als Verträge zugunsten Dritter die Voraussetzungen des § 143 d, I Nr 2 AVAVG erfüllen ¹⁾. Sie sind als echte Verträge ²⁾ zugunsten der Bauarbeiter zu schließen, die diesen kein Forderungsrecht, sondern nur eine Anwartschaft auf Lohnausgleich im Sinne des § 143 d, I, Nr 2 AVAVG gewähren ³⁾.

1) Auch TV sind in ihren schuldrechtlichen Verpflichtungen Verträge zugunsten und zu Lasten Dritter; vgl hierzu BAGAP Nr 2 zu § 1 TVG, Friedenspflicht; SCHNORR VON CAROLSFELD, Arbeitsrecht, S. 59 und 60; Hueck-NIPPERDEY (a.a.O., S. 508/509, FN 16) mit weiteren Nachweisen) hält außerdem einen gegenseitigen Schuldvertrag für möglich; vgl auch NIKISCH, Arbeitsrecht II, S. 327.

2) Vgl zum Begriff statt vieler Palandt-DANCKELMANN, Bürgerliches Gesetzbuch, 24. Auflage, München und Berlin 1965, Einführung vor § 328 BGB, Anm 1.

3) Daß dies möglich ist, belegt § 328, II BGB.

Da das fristlose beiderseitige Kündigungsrecht aus Witterungsgründen im TV festgelegt war, ist im Falle der oben aufgezeigten Lücke ¹⁾ § 143 d I, Nr 1 AVAVG ohnehin erfüllt. - Sollte jedoch ein solches beiderseitiges Kündigungsrecht durch Betriebsvereinbarung oder Einzelarbeitsvertrag vereinbart worden sein, müßte es durch Betriebsvereinbarung oder Einzelarbeitsvertrag ausgeschlossen werden. Ein einseitiger Verzicht des Ag würde nicht genügen, da dadurch nicht auch das Kündigungsrecht der Bauarbeiter ausgeschlossen werden kann, was jedoch für § 143 d I, Nr 1 AVAVG ebenfalls erforderlich ist ²⁾. Zusätzlich müßte sich der Ag gegenüber der BA zum Nachweis der Voraussetzungen für die Gewährung des Swz und zu dessen kostenloser Errechnung und Auszahlung verpflichten ³⁾.

II.) Die generelle Erfüllung des § 143 d I AVAVG durch die TV.

1.) Die Erfüllung des § 143 d I, Nr 1 AVAVG.

Die Vorschrift des § 143 d I, Nr 1 AVAVG verlangt nicht, daß der Bauarbeiter einen subjektiven Anspruch hat, daß ihm nicht gekündigt wird ⁴⁾, sondern nur, daß vorhandene fristlose Kündigungsrechte in der Swz nicht ausgeübt werden können. - Dies ergibt sich einmal aus der Systematik des Gesetzes. Müßte der einzelne Bauarbeiter einen Anspruch haben, so hätte dies in § 143 f AVAVG, der die persönlichen Anspruchsvoraussetzungen regelt ⁵⁾, nieder-

1) Vgl oben S. 30 und 31.

2) A.A. Schnellbrief (S.2), der Erklärungen der Ag, die sich inhaltlich mit § 143 d I, Nr 1 und 2 AVAVG decken, genügen lassen will.

3) Wegen § 143 l IV mit § 188 III AVAVG und § 206, Nr 3 AVAVG; Rechtsgrundlagen werden allgemein nicht § 143 l III AVAVG und die danach anwendbaren Vorschriften herangezogen, sondern § 143 l IV AVAVG und die darin als geltend angeführten Normen, vgl zur Begründung unten S. 147.

4) A.A. MUSA, Fortbestand, ArbUR 60, S. 330 und 331.

5) Vgl hierzu unten S. 62 ff.

gelegt werden müssen. Auch der Zweck und die ganz allgemein gehaltene Fassung des § 143 d, I, Nr 1 AVAVG sprechen dafür, daß diese Norm keinen persönlichen Anspruch voraussetzt. Die Vorschrift des § 143 d, I, Nr 1 AVAVG wird deshalb durch § 2, Nr 5, Abs 1, Satz 2 BRTV, der für die gesetzliche Swz als Inhaltsnorm ¹⁾ Kündigungen aus Witterungsgründen ausschließt ²⁾, generell erfüllt ³⁾. Es soll daher nur kurz der Umfang des Ausschlusses von Kündigungen durch § 2, Nr 5, Abs 1, Satz 2 BRTV geprüft werden.

2.) Der Umfang des Ausschlusses der Kündigungen ⁴⁾.

Die Möglichkeit der ordentlichen Kündigung im Bau-
gewerbe mit Frist von drei Werktagen ist in § 2,
Nr 2, Abs 1 BRTV geregelt. Für Kündigungen wegen un-
günstiger Witterung wird dies durch § 2, Nr 5, Abs 1,
Satz 1 BRTV in der Zeit vom 15. Oktober bis 31.
März ausgeschlossen, die Arbeitsverhältnisse können
nur fristlos gelöst werden. Damit ist für diese
Fälle weder eine ordentliche noch eine außerordent-
liche Kündigung vorgesehen, sondern nur die Kün-
digung gemäß § 2, Nr 5, Abs 1, Satz 1 BRTV allein
zulässig und möglich ⁵⁾. Für die Swz schließt

1) Vgl allgemein Hueck-NIPPERDEY, a.a.O., S. 179 ff
(180/181), S.217; NIKISCH, Arbeitsrecht II, S.
287 ff (290).

2) Über den Umfang des Ausschlusses vgl unten S.34 ff.

3) Dies ergibt sich aus § 5, IV mit § 1 TVG (vgl
allgemein oben S. 30); für generelle Erfül-
lung ferner KRANZ-HUBBERT (a.a.O., § 143 d
AVAVG Erl D), Erlaß (1.11), DRAEGER-Buchwitz-
Schönefelder (a.a.O., § 143 d AVAVG Anm 9).

4) Zu Änderungen des KSchG durch das 2. ÄndG vgl
oben S.7.

5) In gleicher Weise argumentieren BLUMENSAAT-
GEERLING-LEBER, a.a.O., S. 179 .

§ 2, Nr 5, Abs 1, Satz 2 BRTV diese einzige Möglichkeit aus, so daß in dieser Zeit das Av einzig aus Witterungsgründen überhaupt nicht mehr ausgelöst werden kann ¹⁾. Dies gilt sowohl für den Ag, als auch für den Bauarbeiter, weil das beiderseitige Kündigungsrecht, von dem § 2, Nr 5, Abs 1, Satz 1 BRTV spricht, ausgeschlossen wurde ²⁾.

Dieses Ergebnis widerspricht nicht einer Entscheidung des BAG ³⁾, da sich diese auf die Rechtslage vor erstmaligem Ausschluß der Kündigungen wegen Schlechtwetters durch einen TV bezog.

Das BAG kommt in einer neueren Entscheidung zum gleichen Ergebnis ⁴⁾. Gegenüber der hier vertretenen Begründung geht das BAG aber von der im Ergebnis gleichen Wirkung der befristeten Kündigung durch den Ag aus. Das BAG unterstellt dabei, daß vor Inkrafttreten der TV am 20.8.1959 die be-

-
- 1) Ebenso FLÜMERSAAT-GERDLING-L PER, a.a.O., S. 178 und 179; unschlüssig KLANZ-HUBBERT, a.a.O., § 143 d AVAVG Erl D; unklar LESER, Das Schlechtwettergeld im Baugewerbe und der gekündigte Arbeitnehmer, DB 60, S. 293 ff (293); a.A. ohne Begründung: SALZMANN (Tausende Witerarbeitslosigkeit im Baugewerbe, DVolkSW 60, S.230 ff/231), WERDERMANN (Das Zweite Änderungsgesetz zum AVAVG, KVg 59, S. 278 ff/279), CZICZOR (Die Schlechtwettergeldregelung in der Bauwirtschaft, RdA 60, S. 361 ff/362, 367), MOLITOR (a.a.O., AR-Blattei, Baugewerbe VI), BRODHUN-STRIEPEL-HENNIG (a. a. O., § 143 d AVAVG Anm 3), wohl auch PULLER (a.a.O., KVg 60, S. 50); andeutungsweise unrichtig ENDERLEIN, Schlechtwettergeld, Arbeitskammer 60, S. 26.
 - 2) A.A. LESER, a.a.O., DB 60, S.294; unrichtig GERLAND, a.a.O., S. 11.
 - 3) BAG, Urteil vom 22.3.1961, mit auszugsweiser Begründung abgedruckt im DBI C, § 96 AVAVG Nr 685, ohne Begründung abgedruckt u.a. in DB 61, S. 575.
 - 4) BAG AP Nr1 zu § 143 d AVAVG mit Anm von GERLAND; an dieser Entscheidung wird festgehalten in BAG AP Nr 2 zu § 143 d AVAVG (mit Anm von KREBS) und in BAG BB 62, Nr 908, S. 520 ff; zustimmend auch KREBS, a. a. O., § 143 d AVAVG Anm 21.

fristete Kündigung durch den Ag sofort vom Bauarbeiter mit seinerseits fristloser Kündigung beantwortet werden konnte und beantwortet wurde. Auch die sonstigen Gründe, die das BAG anführt, weichen ab. Sie begegnen erheblichen Bedenken, wie GERLAND überzeugend ausgeführt hat ¹⁾.

3.) Die Erfüllung des § 143 d, I, Nr 2 AVAVG.

Durch § 3, Nr 1, Satz 1 LATV ist festgelegt, daß der An ²⁾ im Ausgleichszeitraum, gleichgültig, ob er arbeitet oder nicht ³⁾, einen Pauschalbetrag als Lohnausgleich erhält ⁴⁾. Dieser Zeitraum umfaßt mindestens acht Tage einschließlich der Weihnachtsfeiertage und Neujahr ⁵⁾. Bauarbeiter, deren Av aufrechterhalten bleiben, haben darauf einen Anspruch ⁶⁾, falls sie in dem Jahr des Ausgleichszeitraums mehr als 91 Kalendertage gearbeitet haben ⁷⁾. Sämtliche Bauarbeiter sollen also bei Eintritt der Bedingungen ein Recht erlangen. Die Rechtsstellung solcher Personen bezeichnet man als Anwartschaft ⁸⁾. Vor Eintritt der Bedingungen haben daher sämtliche Bauarbeiter eine Anwartschaft auf Lohnausgleich für den Ausgleichszeitraum. Die Bestimmungen der §§ 2, 4 mit 6 LATV

1) GERLAND in Anm zu BAGAP Nr 1 zu § 143 d AVAVG.

2) Im Sinne des § 1, III LATV.

3) Vgl statt vieler richtig Bericht, BABl 62, S. 895; ungenau GERLAND, a.a.O., S. 120, 124, 125, richtiger S. 122.

4) Vgl auch § 3, Nr 5 LATV; § 143 d, I, Nr 2 AVAVG verlangt nur "bei Arbeitsausfall".

5) Vgl § 3, Nr 2 LATV.

6) Wie FN 5).

7) Gegen die Wünsche der IG Bau, wie LÜCKING(a.a.O., BetrR 60, S. 142) ausführt.

8) Für das Zivilrecht vgl statt vieler Palandt-DANCKELMANN, a.a.O., Einführung vor § 158 BGB, Anm 3; für das Gebiet des Arbeitsrechts vgl statt vieler MÜLLER, Ausgewählte Fragen aus dem Urlaubsmarkensystem, Jur.Diss. Erlangen 1960, S.15 mit FN 3), S. 16 mit FN 1) und 2), mit weiteren Nachweisen; vgl ferner § 74, I mit § 85 AVAVG (Anwartschaftszeit).

bewirken, daß die Mittel für den Lohnausgleich und die Übergangsbeihilfe durch die Ag aufgebracht werden und bereit stehen. Dadurch ist diese Anwartschaft für alle Bauarbeiter gesichert ¹⁾. Durch diese Inhaltsnormen des LATV ²⁾ werden also die Voraussetzungen des § 143 d, I, Nr 2 AVAVG generell erfüllt ³⁾, da dieser für allgemein verbindlich erklärt wurde ⁴⁾. Die Regelung des LATV braucht daher nicht weiter dargelegt zu werden.

C) Betriebliche Voraussetzungen.

Die in § 143 e AVAVG normierten Bedingungen müssen auf der oder den Baustellen jedes einzelnen Betriebes erfüllt sein, wie sein Text ergibt. Diese Anforderungen werden darum als betriebliche Voraussetzungen bezeichnet ⁵⁾.

- 1) KRANZ-HUBBERT (a.a.O., § 143 d AVAVG Erl E) nehmen zu Unrecht an, "gewährleisten" bedeute nur, daß die Anwartschaft irgendwann erfüllt werden können muß.
- 2) Vgl Hueck-NIPPERDEY (a.a.O., S. 179 ff, 180/181, 208), NIKISCH (Arbeitsrecht II, S. 287 ff/290) für ähnliche Fälle.
- 3) DRAEGER-Buchwitz-Schönefelder (a.a.O., § 143 d AVAVG Anm 20) mit Hinweis auf die Systematik des Gesetzes; ähnlich KRANZ-HUBBERT (a.a.O., § 143 d AVAVG Erl E) und KREBS (a.a.O., § 143 d AVAVG Anm 23, § 143 f AVAVG Anm 47); ebenso ohne Begründung: SCHMITZ (Die Bedeutung des Zweiten Änderungsgesetzes zum AVAVG für die Krankenkassen, DOK 59, S.562 ff/563), anonym (Wirtschaftspolitik und Sozialpolitik. DOK 59, S. 497 ff/500); a.A.: MUSA (Fortbestand, ARBUR 60, S. 330 und 331), anonym (Sozialversicherungsrechtliche Behandlung des Lohnausgleichs im Baugewerbe, DOK 60, S. 31 ff/32).
- 4) Vgl § 5, IV mit 1 TVG; vgl allgemein oben S. 14 und 30, das BAG (BAG in BABI 59, S. 642 ff/644 und 645) hat die Zulässigkeit der Allgemeinverbindlichkeitserklärung über die Errichtung einer Lohnausgleichskasse überzeugend bejaht; vgl direkt zustimmend BLUMENSAAT-GEERLING-IEBER, a.a.O., S. 435; allgemein ebenso NIKISCH (Arbeitsrecht II, S. 497 mit FN 37), MAUS (Handbuch des Arbeitsrechts, Baden-Baden-Frankfurt a.M., Stand vom März 1964, VII, B, S. 234, Anm 646); a.A. allgemein Hueck-NIPPERDEY, a.a.O., S.482, S.190 mit FN 47).
- 5) Wie oben S.10 FN 1).

I.) Zwingende witterungsbedingte Gründe.

Die Legaldefinition der zwingenden witterungsbedingten Gründe des § 143 e, I, Nr 1 AVAVG ist in § 143 e, II AVAVG enthalten ¹⁾ 2). Sie stimmt inhaltlich überein mit der Definition der ungünstigen Witterung in § 2, Nr 5, Abs 2, a und b BRTV, was auch wegen des Junktims ³⁾ erforderlich ist. Sehr ähnlich ist auch § 3 SWEG ⁴⁾. - Betriebstechnische Gründe, z.B. Materialmangel, Stromausfall, oder sonstige Gründe, z.B. Auftragsmangel, Einbruch der Dunkelheit, scheiden dadurch von vorneherein als Voraussetzung für die Gewährung von Swg aus ⁵⁾.

1.) Atmosphärische Einwirkungen.

Das Wort "usw." in der in Klammern gesetzten Einzelaufzählung der atmosphärischen Einwirkungen er-
reicht, daß sie nur beispielhaft ist ⁶⁾, also nicht erschöpfend und eindeutig ⁷⁾. Es ist keine Klammerdefinition im üblichen Sinne ⁸⁾, einmal wegen der Wendung "usw.", zum anderen, weil die nähere Erläuterung des Begriffs nicht außerhalb, sondern innerhalb der Klammer steht.

Sturm, Hagel und sonstige Gründe dürften jedoch nur selten den Arbeitsausfall erzwingen.

1) Ebenso Bericht, BABI 62, S. 888.

2) Diese Vorschrift ist merkwürdig; sie lautet:
"(II) Zwingende witterungsbedingte Gründe im Sinne des Absatzes 1 Nr 1 liegen nur vor, wenn atmosphärische Einwirkungen (Regen, Schnee, Frost usw.) oder deren Folgewirkungen so stark oder so nachhaltig sind, daß die Fortführung der Arbeit technisch unmöglich ist oder den Arbeitnehmern nicht zugemutet werden kann".

3) Vgl oben S. 28 und 29.

4) Vgl dazu HOFMANN, a. a. O., S. 64/65.

5) Vgl für diese Fälle § 4, III BRTV, CZICZOR (a. a. O., RdA 60, S. 362 FN 22), BRODHUN-STRIPPEL-HENNIG (a. a. O., § 143 e AVAVG Anm 1).

6) Richtig KRANZ-HUBBERT, a. a. O., 143 e AVAVG Erl B; ähnlich BRODHUN-STRIPPEL-HENNIG, wie FN 5), aber Anm 5.

7) A. A. ODENDAHL, a. a. O., ZSR 60, S. 283.

8) Vgl z. B. aus dem Gebiet des Zivilrechts §§ 121, I, 1, 122, II, 383, III, 1 BGB, §§ 1, II Nr 1, 74, I, 84, I HGB.

2.) Die Folgewirkungen.

Hierunter fallen sämtliche Nachwirkungen der atmosphärischen Einwirkungen. Sie müssen nicht auf die Baustelle beschränkt sein, aber dem auf der Baustelle herrschenden Sw als Folgewirkung hinzugerechnet werden ¹⁾; denn nur das auf der Baustelle herrschende Sw ist maßgebend ²⁾. Sind diese Voraussetzungen gegeben, so fallen die Folgewirkungen nicht unter das Betriebsrisiko ³⁾, z.B. Unpassierbarkeit des Baugeländes, anhaltende Frostwirkung. Wegen der Beispielhaftigkeit der atmosphärischen Einwirkungen ⁴⁾, kann auch keine Definition ihrer Folgewirkungen gegeben werden, die abschließend wäre ⁵⁾.

II.) Die ausschließliche Ursache des Arbeitsausfalls.

1.) Technische Unmöglichkeit und Unzumutbarkeit.

Die Fortführung der Arbeit muß nach § 143 e, II AVAVG technisch unmöglich oder den An nicht zuzumuten sein. Dies gilt auch für die Aufnahme bezw. den Beginn der Arbeit. Diese Unmöglichkeit bezieht sich nicht auf eine bereits begonnene, bestimmte Arbeit, sondern als betriebliche Voraussetzung auf die Winterbautätigkeit des Baubetriebes überhaupt ⁶⁾. Dies ergibt sich auch aus dem Sinn

1) A.A. wohl KRANZ-HUBBERT, a.a.O., § 143 e AVAVG Erl B; vgl Einzelfälle bei BRODHUN-STRIPPEL-HENNIG (a.a.O., § 143 e AVAVG Anm 6) und Erlaß (2.50).

2) Vgl unten S. 54/55.

3) Vgl auch § 4, II, Abs 1 und § 4, III mit § 2, Nr 5, Abs 2, b BRTV; unrichtig daher HEMPELMANN, a.a.O., ABA 59, S. 267.

4) Vgl oben S.38.

5) Dies übersieht CZICZOR, a.a.O., RdA 60, S.363.

6) Im Ergebnis auch Schreiben II, S. 4; wohl a.A. Erlaß 2.40 ff; aus § 2, Nr 5, Abs 2 BRTV läßt sich nichts Gegenteiliges entnehmen.

und Zweck des "Winterbaugesetzes" 1).

Maßgebend für die Beurteilung sind Art und Lage der Baustelle, Wetterlage und Witterungsverlauf, Stand der Bauarbeiten und Witterungsempfindlichkeit der verwendeten Baustoffe 2), denn von diesen

Faktoren ist der Grad der Anfälligkeit der Bauarbeiten gegen Sw abhängig.-Hinzu kommen die gegen Sw auf der Baustelle getroffenen Vorkehrungen 3).

Es kann nicht darauf abgestellt werden, ob die Arbeit bei Ausnutzung aller technischen Möglichkeiten fortgeführt hätte werden können, denn technisch möglich ist - zumindest theoretisch - die Weiterarbeit bei fast jeder Witterung 4). Es kommt vielmehr darauf an, ob die Arbeit unter den gegebenen Umständen so getan werden kann, daß sie ihren Zweck erreicht. Diese tatsächliche Unmöglichkeit ist objektiv auszulegen 5), andernfalls wäre die Gewährung von Swg von den Ansichten der Bauarbeiter und Ag abhängig - ein unvertretbares Ergebnis. Maßstab der tatsächlichen Unmöglichkeit ist, ob nach der im Baugewerbe herrschenden Übung 6) die Arbeit auch ohne Swg eingestellt oder nicht fortgeführt worden wäre, wobei auf den Einzelfall abzustellen ist.

Unzumutbar ist die Arbeitsleistung, wenn ihr Schwierigkeiten entgegenstehen, die die Bauarbeit

1) Vgl oben S. 13/14.

2) Erlaß 2.40; vgl auch unten S. 109/110; einen Hinweis geben auch die Bauausführungsgrenzen; zu streng Erlaß 10.16.

3) Vgl jedoch die Ausführungen unten S. 46.ff.

4) Darauf weisen auch KRANZ-HUBPERT (a.a.O., § 143 e AVAVG Erl B) hin.

5) Ebenso BLUMENSAAT-GERLING-LIEBER (a.a.O., S.177) für die technische Unmöglichkeit im Sinne des § 2, Nr 5, Abs.2 PRTV.

6) Erlaß (2.40) geht von der Ansicht eines verständigen Baufachmannes aus.

ter nur bewältigen könnten, falls sie sich über eine nach Treu und Glauben zu bestimmende Grenze hinaus aufopfert¹⁾. Die Grenze muß ebenfalls nach objektiven Gesichtspunkten bestimmt werden²⁾, denn diese sind ohne Zwang maßgebend dafür, ob die Arbeit einzustellen ist. Es kommt also auf eine Durchschnittsfigur eines Bauarbeiters an, nicht auf die robuste oder zarte Konstitution und nicht auf die Meinung des Einzelnen. Innerhalb dieser Grenze liegen die übliche Berufsgefahr und bloße Arbeiterschwernisse, weil deswegen auch sonst die Arbeit nicht eingestellt wird³⁾.

Technische Unmöglichkeit und Unzumutbarkeit sind Begriffe, deren Vorliegen von der BA bejaht oder verneint werden muß, wobei nur eine Entscheidung richtig sein kann. Es sind unbestimmte Rechtsbegriffe⁴⁾, die damit -wie die technische Unmöglichkeit und Unzumutbarkeit des § 2, Nr 5, Abs 2 BRTV- gerichtlich voll überprüfbar sind⁵⁾. Es besteht kein Ermessen der BA, da eine "kann"-Bestimmung fehlt⁶⁾. Der den AA verbleibende Beurteilungsspielraum ist gering⁷⁾.

-
- 1) Vgl für Einzelfälle KRANZ-HUBBERT (a.a.O., § 143 e AVAVG Erl B) und Erlaß (2.42); zu eng MUSA, Fortbestand, ArbUR 60, S. 232.
 - 2) Ähnlich MUSA, Fortbestand, ArbUR 60, S. 331 und 332; A.A. PLUMENSAAT-GEERLING-LEBER (a.a.O., §. 177) für Unzumutbarkeit im Sinne des § 2, Nr 5, Abs 2 BRTV.
 - 3) Im Ergebnis richtig: Erlaß 2.42; KRANZ-HUBBERT, a.a.O., § 143 e AVAVG Erl B; DRAEGER-Buchwitz-Schönefelder, a.a.O., § 143 e AVAVG Anm 9.
 - 4) KREBS, a.a.O., § 143 e AVAVG Anm 17; DRAEGER-Buchwitz-Schönefelder (a.a.O., § 143 e AVAVG Anm 9 im gewissen Gegensatz zu Anm 4) und KRANZ-HUBBERT (wie FN 3)) bezeichnen nur die Unzumutbarkeit als unbestimmten Rechtsbegriff.
 - 5) Vgl allgemein statt vieler FORSTHOFF, Lehrbuch des Verwaltungsrechts, 1. Band, Allgemeiner Teil, 8. Auflage, München und Berlin 1961, S. 75/76, S. 79; HUBER II, S. 653 ff; Mang-Maunz-Mayer-OBERMAYER, Staats- und Verwaltungsrecht in Bayern, 2. Auflage München 1964, S. 149 ff (157); abweichend etwa WOLFF, Verwaltungsrecht I, Studienbuch, 5. Auflage, München und Berlin 1963, S. 143, 144/145; vgl auch unten S. 126/127.
 - 6) Ähnlich KRANZ-HUBBERT, wie FN 3).
 - 7) Wie FN 6).

2.) Ausschließlichkeit.

a) Allgemeines.

Gemäß § 143e I, Nr 1 u. 2 AVAVG muß Sw die ausschließliche Ursache des Ausfalls eines vollen Arbeitstages ¹⁾ sein. Neben einer Wortinterpretation dieser Ausschließlichkeit können zur Auslegung bestimmte Fälle fehlender Ausschließlichkeit herangezogen werden, die expressis verbis geregelt sind ²⁾. Auch die zu § 1 I, 1 FLG entwickelten Grundsätze können zur Auslegung der Ausschließlichkeit herangezogen werden. Diese Norm schreibt nämlich vor, daß der Arbeitsausfall infolge des Feiertags eingetreten sein muß, d.h. der Feiertag muß die alleinige Ursache des Arbeitsausfalls sein ³⁾. Außerdem haben Swg und Lohnzahlung an Wochenfeiertagen die gleiche Funktion, nämlich den ausgefallenen Lohn zu ersetzen ^{4) 5)}. - Diese Auslegungshilfen ergeben übereinstimmend, daß der Arbeitsausfall nur dann durch Sw ausschließlich verursacht ist, wenn das Sw der alleinige ⁶⁾ und unmittelbare Grund ⁷⁾ des Arbeitsausfalls ist. - Dies ist nicht

1) Vgl zur Ganztätigkeit unten S. 56 ff.

2) Vgl unten S. 50 ff.

3) FREY, Die Feiertagsbezahlung, 2. Auflage, Heidelberg 1959, S. 38; WITTING-LIBBERT, Gesetz zur Lohnzahlung an Feiertagen mit Erläuterungen, Darmstadt, S. 5; NIKISCH, Arbeitsrecht I, S. 330 ff; wohl auch SCHNORR VON CAROLSFELD in Anm zu BAG AP Nr 14 zu § 1 FLG; BLUMENSAAT-GEERLING-LEBER, a.a.O., S. 202 und 203; BAG AP Nr 1 zu § 1 FLG; BAG AP Nr 6 zu § 1 FLG mit zustimmender Anm von DERSCH, bestätigt durch BAG AP Nr 2 zu § 143d AVAVG; vgl aber die Ausnahme des § 4 II, Abs 2 BRTV und dazu unten S. 53; diese Auslegung des Wortes "infolge" entspricht nicht der in § 1 I, 1 Arbeiterkrankheitsgesetz, vgl dazu auch unten S. 53, FN 6).

4) Vgl für das Swg unten S. 72.

5) Vgl für die Lohnzahlung an Wochenfeiertagen SCHNORR VON CAROLSFELD in Anm zu BAG AP Nr 13 zu § 1 FLG; DERSCH in Anm zu LAG Berlin AP Nr 5 zu § 1 FLG Berlin; BAG AP Nr 6 zu § 1 FLG; richtig auch HUECK-Nipperdey, a.a.O., S. 268/269.

6) Richtig DRAEGER-Buchwitz-Schönefelder, a.a.O., § 143e AVAVG Anm 8; zu § 1, I, 1 FLG ebenso FREY (a.a.O., S. 36), NIKISCH (Arbeitsrecht I, S. 331).

7) Vgl DRAEGER-Buchwitz-Schönefelder, wie FN 6), aber Anm 7; § 1 I, 1 FLG ebenso FREY, wie FN 6).

der Fall, falls Sw und ein anderes gleichzeitig eintretendes Ereignis ¹⁾ den Schaden beide herbeiführen, aber jedes von ihnen den Schaden auch allein herbeigeführt hätte. Beide Ereignisse sind dann ursächlich, so daß das Sw nicht die alleinige Ursache ist, weshalb kein Swg gewährt werden darf. Gleiches gilt, falls zwei Ereignisse den Schaden nur durch ihr Zusammenwirken herbeiführen, ohne daß eines allein den Schaden herbeigeführt hätte. Das ist im Zivilrecht herrschende Meinung ²⁾, gilt jedoch auch hier ³⁾, da es sich um einen Grundsatz handelt, von dem das "Winterbaugesetz" in den Fällen, die es ausdrücklich regelt, stillschweigend ausgeht ⁴⁾.

Die Ausschließlichkeit fehlt - anders ausgedrückt -, falls ohne Sw auf der Baustelle am "Ausfalltag" dennoch nicht gearbeitet worden wäre ⁵⁾. Es ist daher immer zuerst zu prüfen, ob ohne Sw gearbeitet worden wäre. Liegt keine Unmöglichkeit der Arbeitsleistung aus anderen Gründen als Sw vor, so ist dessen alleinige Kausalität gegeben ⁶⁾.

b) Nicht geregelte Einzelfälle.

Ein Anspruch auf Swg ist nicht gegeben, falls das Sw an einem Tag auftritt, an dem nach der betrieblichen Regelung ohnehin nicht gearbeitet worden wäre.

1) Handlungen, Unterlassungen, Tatsachen.

2) Vgl statt vieler ENNECCERUS-LEHMANN, Recht der Schuldverhältnisse, 15. Bearbeitung, Tübingen 1958, S. 72 u. 73; Palandt-DANCKELMANN, a.a.O., Vb 5 d, ee vor § 249 BGB.

3) Vgl. allgemein WOLFF, a.a.O., S. 193/194; VON TUREGG-KRAUS, Lehrbuch des Verwaltungsrechts, 4. Auflage, Berlin 1962, S. 101 ff (103/104); für Dienstunfälle vgl BVwGE 7, 48 ff (49/50), falsch wiedergegeben durch BACHOF, Rechtsprechung, S. 281.

4) Vgl unten S. 62 ff.

5) Vgl zu § 1 I, 1 FLG DERSCH in Anm zu BAG AP Nr 6 zu § 1 FLG.

6) Ähnlich FREY (a.a.O., S. 38) zu § 1 I, 1 FLG.

re ¹⁾, z.B. an einem arbeitsfreien Samstag in der Fünftagewoche ²⁾. Gleiches gilt für Sw an einem Tag, an dem der Bauarbeiter nach seinem Arbeitsvertrag nicht arbeiten mußte und für den er deshalb auch kein Entgelt erhalten hätte ³⁾. Zum selben Ergebnis kommt man an Tagen mit Sw bei Arbeitsverweigerung aus anderen Gründen; Sw.

Bleibt der Bauarbeiter an Tagen mit Sw der Baustelle aus anderen Gründen fern, so hätte er an diesem Tage auch bei gutem Wetter nicht gearbeitet ⁴⁾. Es kommt dabei weder darauf an, ob er entschuldigt ist oder nicht ⁵⁾, oder ob ihm für diesen Tag Lohn gezahlt wird oder nicht ⁶⁾. In jedem Falle wäre die Arbeit auch ohne Sw ausgefallen, es fehlt daher die Ausschließlichkeit, das Swg entfällt.

Erreicht der Bauarbeiter am Ausfalltag die Baustelle aus irgendwelchen Gründen nicht oder nicht rechtzeitig, so ist kein Swg zu gewähren ⁷⁾. Auch ohne Sw auf der Baustelle hätte der Bauarbeiter nicht ganztägig arbeiten können. Er bekommt daher auch kein Swg für die Stunden, während deren er bei gutem Wetter gearbeitet hätte. Der Bauarbeiter muß zu Beginn der Arbeitsschicht anwesend und arbeitsbereit sein, um Swg beanspruchen zu kön-

1) Zu § 1 I, 1 FLG vgl. FREY, a.a.O., S. 38; WITTING-LIBBERT, a.a.O., S. 5; NIKISCH, Arbeitsrecht I, S. 331 mit FN 24); HUECK-Nipperdey, a.a.O., S. 269 mit FN 38); BAG AP Nr 6 zu § 1 FLG.

2) Im Ergebnis auch ENDERLEIN, Schlechtwettergeld, Arbeitskammer 60, S. 26; richtig Erlaß (2.16 mit 4.31) für weitere Fälle.

3) Vgl. zu § 1 I, 1 FLG: FREY, a.a.O., S. 39; HUECK-Nipperdey, a.a.O., S. 269; NIKISCH, Arbeitsrecht I, S. 332 mit FN 25).

4) Dieser und die folgenden Fälle können im Rahmen der betrieblichen Voraussetzungen erörtert werden, vgl. zur Begründung unten S. 56.

5) A. A.: Wohl KRANZ-HUBBERT (a. a. O., § 143 f. AVAVG Erl. H), BRODHUN-STRIPPEL-HENNIG (a. a. O., 143 f. AVAVG Anm. 7); für zwei Sonderfälle anders Erlaß 3.32, 3.31.

6) Unrichtig DRAEGER-Buchwitz-Schönefelder, a.a.O., § 143 f. AVAVG Anm. 11; zu § 1 I, 1 FLG: ebenso FREY, a.a.O., S. 39, a.A. wohl HUECK-Nipperdey, a.a.O., S. 269.

7) Ebenso zu § 1, I, 1 FLG FREY, wie FN 6); richtig Erlaß II, 2.42, 3. 35.

nen ¹⁾. Das Sw ist nicht die alleinige Ursache. Swg kann nicht gewährt werden. - Dies gilt auch, falls das Nichterreichen der Baustelle durch auswärtige Bauarbeiter auf Sw beruht. Alleinige Ursache darf nur das auf der Baustelle herrschende Sw sein ²⁾. Auch ohne Sw auf der Baustelle kann andernorts Sw herrschen, das die Bauarbeiter am Erreichen der Arbeitsplätze hindert. Es fehlt daher ebenfalls an der Ausschließlichkeit ³⁾, ein Anspruch auf Swg besteht nicht. Dieser Schluß ist ferner gerechtfertigt dadurch, daß die Bauarbeiter nur Lohn für die wirklich abgeleistete Arbeitszeit erhalten ⁴⁾, so daß sie auch bei Nichterscheinen auf der Baustelle, gleich aus welchen Gründen, keinen Lohn bekommen hätten. Das Swg hat jedoch, wie bereits gesagt wurde, Lohnersatzfunktion ⁵⁾. Ein etwaiger Annahmeverzug des Ag würde entfallen mit der Folge des § 323 BGB. - Kommen die Bauarbeiter wegen des auf der Baustelle herrschenden zweifelhaften Wetters nicht zur Arbeit ⁶⁾, so erhalten sie Swg, falls Sw gegeben ist. Es fehlt nicht an der Ausschließlichkeit, denn sie wären zur Arbeit angetreten, wenn auf der Baustelle kein Sw geherrscht hätte. Fehlt es an Sw, so haben sie keinen Anspruch auf Swg ⁷⁾. Der betriebsübliche Beginn der Arbeitsschicht ist auch hier der entscheidende Zeitpunkt für die Feststellung der Kausalität ⁸⁾.

1) Vgl im einzelnen genauer unten S. 61.

2) Vgl zur Begründung unten S. 54/55; richtig Erlaß II, 2.42.

3) In der Praxis wurde Swg gewährt, vgl Erlaß (2.50); zu oberflächlich hierzu Bericht (BABl 62, S. 891/892) und Erlaß II (2.42, 3.35, jedoch im Ergebnis richtig).

4) Vgl § 4 I, Abs 1 BRTV.

5) Vgl unten S. 72.

6) Der Fall des Verlassens der Baustelle wird unten S. 61 geklärt, weil er eng mit § 143e III AVAVG zusammenhängt.

7) Die An erhalten dann auch keinen Lohn, da Annahmeverzug des Ag im Sinne des § 615, 1 BGB nicht vorliegt, weil die An nicht zur Arbeit kommen, also nicht gemäß §§ 293, 294 BGB anbieten; vgl für Einzelfälle SCHNORR VON CAROLSFELD in Anm zu BAG AP Nr 21 zu § 615 BGB, in Anm zu BAG in SAE 63, Nr 64, in Anm zu BAG in SAE 62 Nr 55.

8) Vgl im einzelnen unten S. 60/61.

Ein besonderes Problem ist schließlich, ob das Sw die unmittelbare Ursache des Arbeitsausfalls ist, wenn an sich mögliche Arbeiten nicht begonnen oder nicht fortgeführt werden können, weil Vorarbeiten wegen Sw unterbleiben müssen. Beispielsweise kann ein Fliesenleger zwar Platten bereitlegen, aber nicht verlegen, wenn er infolge Frost keinen Mörtel mischen kann. Hier ist klar, daß der Bauarbeiter mit seiner gesamten Arbeit allein wegen des Sw aussetzen muß. Das Sw ist ~~daher~~ auch die unmittelbare Ursache, wenn innerhalb der Maurerarbeiten nur einzelne Arbeiten wegen Sw durchgeführt werden können, z.B. das Aufschichten der Steine. Auch wenn infolge des Sw Maurerarbeiten unmöglich sind und dadurch an sich mögliche Zimmererarbeiten unterbleiben müssen, so ist das Sw unmittelbar die Ursache des Ausfalls der Zimmererarbeiten, ~~und~~ nicht die unterbliebenen Maurerarbeiten. Swg ist zu gewähren ¹⁾. In diesen Fällen den Begriff der Ausschließlichkeit anders auszulegen, wäre auch praktisch nicht durchführbar.

Es wird nicht verkannt, daß man aus Billigkeitserwägungen in einigen der oben aufgezeigten Einzelfälle zu anderen Ergebnissen gelangen könnte. Demgegenüber muß betont werden, daß sich Kausalfragen Billigkeitserwägungen entziehen ²⁾³⁾. Jedoch sind Ausnahmen möglich, wenn sie den Ausnahmenvergleichbar sind, die der Gesetzgeber vom Erfordernis der Ausschließlichkeit des Arbeitsausfalles aus Witterungsgründen zuläßt ⁴⁾.

-
- 1) Für den letztgenannten Fall; ebenso CZICZOR, a.a.O., RdA 60, S. 363; a.A. Erlaß I, 2.32.
 - 2) Vgl allgemein LARENZ, Lehrbuch des Schuldrechts, Erster Band Allgemeiner Teil, 6. Auflage, München und Berlin 1963, S. 154 mit FN 2); ESSER, Schuldrecht, Allgemeiner und Besonderer Teil, 2. Auflage, Karlsruhe 1960, S. 238, 239; Palandt-DANCKELMANN, a.a.O., Vb 5 d aa vor § 249 BGB; kritisch SCHNORR VON CAROLSFELD, Arbeitsrecht, S. 259, FN 3).
 - 3) Oberflächlich Bericht (BABl 62, S. 891/892), der aufgrund einiger oder oben angeführten Einzelfälle annimmt, es handle sich um eine der üblichen Auslegungsfragen.
 - 4) Vgl unten S. 54, S. 52/53.

c) Sonderfälle bei fehlenden Winterschutzmaßnahmen.

Es ist denkbar, daß für den Arbeitsausfall nicht nur das Sw ursächlich ist, sondern auch die Tatsache, daß der Ag es unterlassen hat, die Baustelle gegen Witterungseinflüsse zu schützen, oder daß die An keine Schutzkleidung tragen. Wäre dieses Verhalten des Ag oder der An ebenfalls ursächlich für den Arbeitsausfall, so könnte kein Swg gewährt werden ¹⁾.

Als Beispiel können 2 nebeneinander liegende Rohbauten von Reihenhäusern dienen, an denen am selben Tag bei gleicher Temperatur die gleichen Arbeiten verrichtet werden. Es kann jedoch nur an einem Haus gebaut werden, denn nur diese Baustelle ist mit Pumpen zur Baustellenentwässerung versehen. Nur dort werden Werkzeuge, Baustoffe und Wasserleitungen abgedeckt und isoliert, sind Unterstellvorrichtungen gegen Regen vorhanden und tragen die Bauarbeiter Handschuhe, Südwester und Filzstiefel. - Wenn der Ag und die An die oben geschilderten Winterschutzmaßnahmen auch auf der anderen Baustelle durchgeführt hätten, wäre der Arbeitsausfall verhindert worden. Zwar war die Arbeit auf dieser Baustelle technisch unmöglich ²⁾, aber nicht ausschließlich durch die ungünstige Witterung verursacht, sondern auch dadurch, daß Ag und Bauarbeiter unterlassen haben, die Baustelle und sich selbst gegen Witterungseinflüsse zu schützen. Swg kann auf dieser ungeschützten Baustelle nicht gewährt werden. Dies muß für diesen und ähnliche Fälle ausführlich begründet werden.

Das Unterlassen des Winterbaustellenschutzes und das Nichttragen von Schutzkleidung werden im Rechtssinne kausal, falls die Vornahme dieser Schutzmaßnahmen den Arbeitsausfall verhindert hätte, und eine Pflicht des Ag und der An bestand, die Baustelle und sich selbst

1) Vgl oben S. 43.

2) Vgl oben S. 40.

gegen Witterungseinflüsse zu schützen ¹⁾. Zusätzlich müssen der Ag und ~~de~~ An diese Pflichtverletzung zu vertreten haben ²⁾ und das Unterlassen muß adäquat für den Arbeitsausfall sein ³⁾. Liegen diese Voraussetzungen vor, so ist der Arbeitsausfall durch das Unterlassen von Winterschutzmaßnahmen adäquat mitverursacht, es fehlt an der Ausschließlichkeit des Arbeitsausfalls infolge Sw ⁴⁾.

Der Ag ist der BA gegenüber öffentlichrechtlich verpflichtet, bestimmte "Nebenleistungen" nach den Vorschriften der ETB und VOB zu erbringen, auch ohne besondere vertragliche Vereinbarungen mit der BA ⁵⁾. - Diese Rechtspflicht des Ag beruht auf öffentlichrechtlichem Landesrecht ⁶⁾ in Verbindung mit den ETB und VOB. Bei den eingeführten Normen des Deutschen Normenausschusses handelt es sich um allgemein anerkannte Regeln der Baukunst ⁷⁾, die auf Grund öffentlichrechtlicher Normen vom Ag zu beachten sind. Diese Pflichten gehen in den Inhalt des zwischen An, Ag und BA bestehenden öffentlichrechtlichen Zwangsverhältnisses ⁸⁾ ein ⁹⁾, denn diese - und die im folgenden aufzuzeigenden -

-
- 1) Vgl für das Gebiet des Zivilrechts allgemein ebenso LARENZ, a.a.O., S. 158; ENNECCERUS-LEHMANN, a.a.O., S. 74 und 75; Palandt-DANCKELMANN, a.a.O., Vb 5 d, gg vor § 249 BGB; strenger ESSER, a.a.O., S. 243 und 244.
 - 2) Zum Begriff vgl SCHNORR VON CAROLSFELD, Arbeitsrecht, S. 207.
 - 3) Wie FN 1).
 - 4) Vgl hierzu oben S. 42.
 - 5) Sinngemäß anders Erlaß 2.11
 - 6) In Bayern Art. 3 BayBO.
 - 7) Vgl für Bayern WEINISCH, Das Baurecht in Bayern, Kommentar, Band 2, München, Stand vom Juni 1964, S. 27 mit Hinweis auf die Landtagsbeilage 2060, S.22; das ist auch die Meinung der Obersten Baubehörde in Bayern.
 - 8) Vgl dazu unten S. 152.
 - 9) Vgl für Fälle, in denen öffentlichrechtliche Pflichten auf den Inhalt des Av ausstrahlen, SCHNORR VON CAROLSFELD, Arbeitsrecht, S. 260 ff (261), vgl vor allem auch unten S. 111/112.

öffentlichrechtlichen Pflichten des Ag sind diesem vom Gesetzgeber auferlegt worden, wenn sie sich auch primär auf den Schutz der öffentlichen Sicherheit und ^{Ordnung} bei der Bauausführung beziehen. - Diese Nebenleistungen sind zumutbare Vorkehrungen selbstverständlicher Art, z.B. Werkzeuge, Baustoffe, Wasserleitungen, Leitern, Laufbretter, Arbeits- und Verkehrswege in einfachster Weise gegen Niederschläge und Frost zu schützen oder von Schnee und Eis zu befreien ¹⁾. Dem Ag können ferner Verpflichtungen zur Vornahme bestimmter Arbeitsschutzmaßnahmen nach §§ 120a bis 120d GewO durch die Gewerbeaufsichtsämter ²⁾ auferlegt werden ³⁾. Sonstige Pflichten bestehen für den Ag nach der Ausführungsverordnung zum Gesetz über die Unterkunft auf Bauten vom 21. Februar 1959 ⁴⁾. Sie beziehen sich nicht auf den Schutz der Baustelle vor Witterungseinflüssen, weshalb ihre Verletzung selten kausal werden kann. Die Grundsätze für Arbeitsschutzanforderungen beim Bau im Winter vom 31. Oktober 1960 ⁵⁾ verpflichten den Ag nicht. Ein nach § 143a AVAVG vom Bauherrn beantragter Zuschuß verpflichtet den Ag nicht dazu, über die von ihm zu treffenden zumutbaren Winterschutzvorkehrungen hinaus weitere Maßnahmen zum Schutz der Baustelle gegen Sw zu treffen. Der Zuschuß wird dem Bauherrn gewährt, weshalb nur diesen etwaige Nebenpflichten treffen ⁶⁾. - Auch nach Treu und Glauben ist der Ag der BA gegenüber wohl nicht zu sonstigen Vorkehrungen verpflichtet. Die Bauarbeiter sind der BA auf Grund des ihr gegenüber bestehenden Zwangsverhältnisses ⁷⁾ verpflichtet, Handschuhe, Pelzjacken, Filzstiefel und Ölzeug zu

1) Vgl Erlaß 2.11.

2) In Bayern zuständig aufgrund des § 44 der Verordnung, den Vollzug der Reichsgewerbeordnung betreffend, vom 29.3.1892 (BayBS IV, S. 9).

3) Vgl hierzu Erlaß des Bundesministers für Arbeit und Sozialordnung - III c 2/6450/59 - vom 23.12.1959, auszugsweise abgedruckt bei KRANZ-HUBBERT, a.a.O., S. 217/218; für Bayern vgl z.B. auch Anweisung, S. 1 bis 3.

4) BGBl I, S. 44; abgedruckt bei KRANZ-HUBBERT, a. a. O., S. 209 ff; vgl auch BSE-Berater, S. 63 ff, S. 68 ff.

5) abgedruckt bei KRANZ-HUBBERT, a. a. O., S. 213 ff.

6) KRANZ-HUBBERT, a. a. O., § 143 a AVAVG Erl B; vgl vor allem Winterbau-Richtlinien I, Nr 2, Abs 1, insbesondere Abs 3 mit Erlaß II, 2.03.

7) Vgl hierzu unten S. 62 ff; vgl ferner S. 147 ff (152).

tragen und zu trocknen, soweit ihnen diese Schutzkleidung gemäß § 143 c AVAVG durch die BA gewährt wurde ¹⁾.

Verletzen die Bauarbeiter oder die Ag ihre Pflichten, zumutbare Vorkehrungen selbstverständlicher Art zu treffen, so ist unter Berücksichtigung des Einzelfalles bei leichtem Sw anzunehmen, daß der Arbeitsausfall nicht eingetreten wäre, wenn diese Winterschutzmaßnahmen vorgenommen worden wären. Swg kann nicht gewährt werden ²⁾.

Die Nichtfortführung der Arbeit ist nur dann ausschließlich durch Sw verursacht, wenn die Witterungseinflüsse so stark oder so nachhaltig sind, daß auch beim Vorhandensein zumutbarer Vorkehrungen selbstverständlicher Art die Weiterarbeit technisch nicht möglich oder unzumutbar gewesen wäre ³⁾. Deshalb ist zum Beispiel bei zwingenden Witterungsgründen, etwa Frost von minus 15° C, Swg zu gewähren, auch wenn keine Vorkehrungen getroffen worden sind, um bis Frost von etwa minus 7° C weiterarbeiten zu können ⁴⁾. Swg ist z.B. auch zu gewähren, wenn zumutbare Vorkehrungen selbstverständlicher Art getroffen wurden, die Weiterarbeit jedoch möglich gewesen wäre, wenn zusätzliche, finanziell vertretbare Schutzmaßnahmen getroffen worden wären ⁵⁾. Ist z.B. die Arbeit zwar nach den auf der Baustelle getroffenen Schutzvorkehrungen technisch unmöglich oder unzumutbar, so kann bei leichtem Sw dennoch nicht Swg gewährt werden, wenn diese Schutzmaßnahmen nicht dem Erfordernis der zumutbaren Vorkehrungen selbstverständlicher Art genügen ⁶⁾.

d) Gesetzlich geregelte Fälle.

Für den Urlaub schließt § 143 f III, 1 AVAVG den Anspruch auf Swg aus. Man wird hier den Begriff "Urlaub" im üblichen Sinne, nämlich als "bezahlte Freizeit" ⁷⁾

-
- 1) Zu weitgehend Erlaß 2.42.
 - 2) Ohne jede Begründung im Ergebnis gleich Erlaß 2.11 mit 2.10
 - 3) Wie FN 2).
 - 4) Im Ergebnis a.A. KRANZ-HUBBERT, a.a.O., § 143 e AVAVG Erl B.
 - 5) Wie FN 4).
 - 6) A. A.: KREBS, a. a. O., § 143 e AVAVG Anm 5, 10; HEMPEL-MANN, a. a. O., ABA 59 S. 267; BRODHUN-STRIPPEL-HENNIG, a. a. O., § 143 e AVAVG Anm 1.
 - 7) Zu früheren Urlaubsgesetzen der Länder SCHNORR VON CAROLSEFELD (Arbeitsrecht, S. 246).

verstehen müssen ¹⁾. Es entspricht § 143 f III, 3 AVAVG, der u.a. auf § 96 I AVAVG als entsprechend geltend verweist, den Begriff weit auszulegen. Nach § 96 I, 1 AVAVG ruht der Anspruch auf Arbeitslosengeld für die Zeit, für die der Arbeitslose noch Arbeitsentgelt oder Urlaubsgeld bezieht oder Arbeitsentgelt zu beanspruchen hat ²⁾. Gemäß § 96 I, 2 AVAVG gelten auch sonstige Beträge, die zur Abgeltung von Urlaubsansprüchen sowie zur Abfindung von Ansprüchen auf Arbeitsentgelt gewährt worden sind, als Arbeitsentgelt. Durch die Verweisung auf diese Vorschrift wird damit nur bewirkt, daß der Anspruch auf Swg in der Zeit ruht, in der der Anspruch des Bauarbeiters abgegolten wird. Die Norm des § 143 f, III, 1 AVAVG kann den Anspruch auf Swg also für Zeiten bezahlten Urlaubs ausschließen, denn nur für Zeiten abgegoltenen Urlaubs ruht der Anspruch auf Swg gemäß §§ 143 f, III, 3, 96, I AVAVG. Andernfalls würden sich diese Vorschriften widersprechen. Die Norm des § 143 f, III, 1 AVAVG verwendet also den Ausdruck "Urlaub" im Sinne der bezahlten Freizeit, nicht im Sinne von unbezahltem Urlaub. Dies ist heute völlig üblich ³⁾.

Bei Sw während bezahlter Freizeit oder unbezahltem, Urlaub ist dieses jedoch nicht die alleinige Ursache des Arbeitsausfalls, wie das Gesetz es fordert. Der Bauarbeiter hätte nämlich auch nicht gearbeitet, wenn das Wetter gut gewesen wäre. Nur der Lohnausfall infolge Sw wäre aber in gewissem Umfange ⁴⁾ auszugleichen. Auch aus diesem Grunde kann daher kein Swg gewährt werden, soweit das Sw in Zeiten unbezahlten oder bezahlten Urlaubs herrscht. ⁵⁾

1) KRANZ-HUBBERT, a.a.O., § 143 f AVAVG Erl H.

2) Vgl Draeger-BUCHWITZ-Schönefelder, a.a.O., § 96 AVAVG Anm 5, 6.

3) Vgl DERSCH-NEUMANN, Bundesurlaubsgesetz, Kommentar, 2. Auflage von DERSCH, Die Urlaubsgesetze, München und Berlin 1963, § 1 BurlG, Anm 62 bis 64 mit umfangreichen weiteren Nachweisen; richtig schon SCHNORR VON CAROLSFELD, Arbeitsrecht, S.246; im Ergebnis wohl anders Erlaß II, 3.35.

4) Vgl hierzu § 143 g a.F. und n.F.

5) Nur im Ergebnis richtig Erlaß II 3.35, 3.24.

Nach § 143 f III, 1 AVAVG besteht für Wochenfeiertage, für die Lohnzahlungspflicht besteht, kein Anspruch auf Swg. Die Lohnzahlungspflicht an Wochenfeiertagen bestimmt sich nach § 1 I des Gesetzes zur Regelung der Lohnzahlung an Feiertagen vom 2. August 1951 ¹⁾. Wochenfeiertage sind die als solche staatlich anerkannten oder gesetzlichen Feiertage ²⁾. Welche diese sind, bestimmen die bundes- und landesrechtlichen Feiertagsgesetze ³⁾. - Nach § 1 I FLG muß der Feiertag die alleinige Ursache des Arbeitsausfalls sein. ⁴⁾. Dies ist bei Sw an dem Feiertag nicht gegeben ⁵⁾. Das Sw ist ebensowenig die alleinige Ursache des Arbeitsausfalls ⁶⁾, denn auch bei gutem Wetter wäre nicht gearbeitet worden. Feiertage und Sw sind beide ursächlich ⁷⁾. Geht man nur von § 143 e I, Nr 1 AVAVG ("ausschließlich") und § 1 I, 1 FLG aus, so würden die Bauarbeiter in der Swz an Wochenfeiertagen mit Sw weder Lohn noch Swg erhalten ⁸⁾⁹⁾. Die Vorschrift des § 143 f III, 1 AVAVG wäre für Wochenfeiertage sinnlos. Sie zwingt deshalb zu dem Umkehrschluß, an Wochenfeiertagen mit Sw und damit ohne Lohnzahlungs-

-
- 1) BGBl I, S. 479.
 - 2) GROS, Vergütung des Lohnausfalls an Feiertagen, AR-Blattei, D, Feiertage VI, B.
 - 3) GROS, wie FN 2); vgl ferner die Übersicht bei FREY, a.a.O., S. 75 ff.
 - 4) Vgl oben S. 42 mit FN 3) und den dort angegebenen Nachweisen.
 - 5) FREY, a. a. O., S. 38; WITTING-LIBBERT, a. a. O., S. 5; richtig auch HUECK-Nipperdey, a. a. O., S. 269 mit FN 36; BAG AP Nr 1 zu § 1 FLG; BAG AP Nr 6 zu § 1 FLG mit zustimmender Anm von DERSCH, bestätigt durch BAG AP Nr 2 zu § 143 d AVAVG; ungenau NIKISCH, Arbeitsrecht I, S. 332; vgl auch § 4, II, Abs 1 BRTV.
 - 6) Richtig KRANZ-HUBBERT, a. a. O., § 143 f AVAVG Erl H; A. A. KREBS in Anm zu BAG AP Nr 2 zu § 143 d AVAVG.
 - 7) Vgl die Ausführungen oben S. 42 und S. 43; richtig KRANZ-HUBBERT, wie FN 6); KREBS, a. a. O., § 143 f AVAVG Anm 28; die in FN 5) aufgeführte Literatur zieht diese Folgerung nicht.
 - 8) A. A. SG Nürnberg (Urteil auf Grund mündlicher Verhandlung vom 25. 9. 64, AZ: S-Ar 27/64), das Anspruch auf Lohnfortzahlung annimmt.
 - 9) An Wochenfeiertagen ohne Sw ist den An vom Ag regelmäßig gemäß § 1, I, 1 FLG der Arbeitsverdienst zu zahlen, den sie erhalten hätten; wenn sie an diesen Tagen tätig gewesen wären.

pflicht wenigstens Swg zu gewähren ¹⁾). Hiervon geht auch der erstmals mit dem BRTV geltende § 4 II, Abs 2 BRTV aus, nach dem außerhalb der Swz der Lohnausfall für gesetzliche Wochenfeiertage auch dann zu vergüten ist, wenn die Arbeit wegen ungünstiger Witterung an diesen Tagen ausgefallen wäre ²⁾). Die Vorschrift des § 143f, III, 1 AVAVG enthält daher im Ergebnis eine Ausnahme zum Erfordernis der Ausschließlichkeit des § 143 e, I, Nr.1 AVAVG ³⁾).

Trifft das Sw mit Krankheit des Bauarbeiters zusammen, so hätte dieser auch bei gutem Wetter nicht arbeiten können. Der Arbeitsausfall ist daher nicht ausschließlich durch das Sw verursacht ⁴⁾). Dieser Fall wird jedoch durch § 143 f, III, 3 mit § 77 AVAVG ausdrücklich als ein Fall des Ruhens des Anspruchs geregelt ⁵⁾), weil der An einen Anspruch auf Krankengeld nach § 182 RVO und auf Krankengeldzuschuß nach §§ 1 ff des Arbeiterkrankheitsgesetzes hat ⁶⁾).

Fällt das Sw mit einem Streik zusammen, so ist für den Arbeitsausfall der Bauarbeiter, die streiken oder infolge des Streiks nicht arbeiten können, nicht allein das Sw maßgebend ⁷⁾). Hätte gutes Wetter geherrscht, so

1) Ähnlich KRANZ-HUBBERT (a. a. O., § 143 f AVAVG Erl H) und KREBS (a. a. O., § 143 f AVAVG Anm 28, anders Anm 18 und § 143 e AVAVG Anm 19); im Ergebnis ebenso Erlaß 3.30; ablehnend DRAEGER-Buchwitz-Schönefelder, a. a. O., § 143 f AVAVG Anm 13; a. A. SG Nürnberg, a. a. O.; ODENDAHL (a. a. O., ZSR 60, S. 283) erkennt die Notwendigkeit des Umkehrschlusses nicht; mißverständlich BT-Drucksache IV/1312. S. 5, richtig S. 8.

2) Vgl auch BT-Drucksache IV/1312, S. 5.

3) A. A. SG Nürnberg, a. a. O.; nur die Pikanterie halber sei bemerkt, daß dies auch das Presse- und Informationsamt der Bundesregierung verkannt hat.

4) DRAEGER-Buchwitz-Schönefelder, a.a.O., § 143 f AVAVG Anm 16; zu § 1 I, 1 FLG ebenso statt vieler: WITTING-LIBBERT, a.a.O., S. 5; GROS, a.a.O., AR-Blattei, D, Feiertage VI, F III; FREY, a.a.O., S. 39; daher nicht unbedenklich Erlaß 3.53 (Abs 2).

5) Beachte §§ 143 I. IV, 188 IV, 1, 183, Nr 3 AVAVG.

6) Zur Höhe des Zuschusses richtig BAG BB 62 S. 596/597 (Nr 1021), BAG AP Nr 27 zu § 1 AKG; vgl auch oben S.17.

7) Im Ergebnis auch KRANZ-HUBBERT (wie FN 1), aber Erl M), DRAEGER-Buchwitz-Schönefelder (a.a.O., § 143e AVAVG Anm 8); BRODHUN-STRIPPEL-HENNIG, a. a. O., § 143 f AVAVG Anm 13.

wäre die Arbeit ebenfalls ausgefallen ¹⁾. Durch § 143 f, V mit § 84, III, IV AVAVG kann jedoch zur Vermeidung unbilliger Härten bei Teilstreik den nichtbeteiligten Bauarbeitern Swg gewährt werden. Die Verweisung auf § 84, III und IV AVAVG, durch die der Gesetzgeber außerdem zu erkennen gibt, daß er diese Vorschriften für rechtsgültig hält ²⁾, ermöglicht damit, Swg zu gewähren, auch ohne daß Sw der alleinige Grund des Arbeitsausfalls ist. Diese Verweisung hat daher als Ausnahme zu § 143 e, I, Nr 1 AVAVG durchaus Bedeutung ³⁾. In der Praxis spielt diese Möglichkeit, Swg zu erhalten, kaum eine Rolle, u. a. weil die "unbillige Härte" eng ausgelegt wird ⁴⁾. Zu bedenken ist, daß bei Teilstreik die übrigen An keinen Lohn erhalten, weil sie dieses Betriebsrisiko tragen ⁵⁾.

III.) Ort der Feststellung des Sw.

Der Ort, an dem das Sw festzustellen ist, ergibt sich aus § 143 I, 1 AVAVG. Diese Norm geht von der Baustelle als entscheidend aus ⁶⁾. Daraus muß gefolgert werden, daß das auf der Baustelle herrschende Sw entscheidend ist für die Frage, ob Swg zu gewähren ist. ⁷⁾ Könnte auf der Baustelle schon wieder gearbeitet werden, fehlt es aber an Material, weil die Zufahrtswege als Folgewirkung dieses Sw unpassierbar geworden sind, so kann daher kein Swg gewährt werden ⁸⁾. Dies entspricht auch der Tatsache, daß die An auf Grund der Verteilung des Betriebsrisikos keinen Lohn erhalten ⁹⁾.

1) Dies verkennt SCHIECKEL, a. a. O., § 143 f AVAVG Anm 5.

2) Vgl hierzu überzeugend Draeger-BUCHWITZ-Schönefelder, (a. a. O., § 84 AVAVG) gegen SCHIECKEL (a. a. O. § 84 AVAVG Anm 3).

3) A. A. : DRAEGER-Buchwitz-Schönefelder (a. a. O. § 143 f AVAVG Anm 17) und KRANZ-HUBBERT (a. a. O. 143 f AVAVG Erl M).

4) Vergl Draeger-BUCHWITZ-Schönefelder, a. a. O., § 84 AVAVG Anm 22.

5) Vgl dazu SCHNORR VON CAROLSFELD, Arbeitsrecht, S. 220.

6) DRAEGER-Buchwitz-Schönefelder (a. a. O., § 143 e AVAVG Anm 5, 10), KREBS (a. a. O., § 143 e AVAVG Anm 9 und 12), BAG (in BB 62, Nr 1019, S. 596) gehen ebenfalls von der Baustelle als entscheidend aus; diese Entscheidung ist ebenfalls abgedruckt in AP Nr 21 zu § 615 BGB mit Anm von SCHNORR VON CAROLSFELD.

7) Ungenau Erlaß II, 2. 41, c.

8) Erlaß II, 2. 42 erkennt - Praktisch vernünftig, dogmatisch bedenklich (Vgl oben S. 54)-Folgewirkungen an.

Außerdem verlangen § 143 f, I, Nr 1 mit Nr 2 AVAVG, daß der Bauarbeiter auf einem witterungsabhängigen Arbeitsplatz mit der Arbeit aussetzen muß. Es ist darum geboten, hier darauf einzugehen.

Das Erfordernis des witterungsabhängigen Arbeitsplatzes bedeutet, daß nicht jeder Bauarbeiter auf der Baustelle einen Anspruch hat, sondern nur der Bauarbeiter, dessen Platz, an dem er seine Arbeit verrichtet, Witterungseinflüssen ausgesetzt ist ¹⁾. Fälle, in denen der Arbeitsausfall ausschließlich auf Sw beruht, obwohl der Arbeitsplatz witterungsgeschützt ist, sind wohl mehr theoretischer Natur ²⁾. Witterungsunabhängig ist dabei ein Arbeitsplatz, der sich in einem geschlossenen und geheizten Raum befindet. Nach dem klaren Wortlaut des Gesetzes kann in solchen seltenen Ausnahmefällen kein Swg gewährt werden ³⁾. Gleiches gilt für die Umsetzung auf einen witterungsunabhängigen Arbeitsplatz ⁴⁾. Andernfalls würde der Begriff "witterungsabhängiger Arbeitsplatz" keine andere Bedeutung haben, als der Begriff "Baustelle", wäre also überflüssig, denn daß der Arbeitsausfall auf der Baustelle eintreten muß, ergibt sich bereits, wie erörtert, aus § 143 I, 1 AVAVG.

-
- 1) Zutreffend DRAEGER-Buchwitz-Schönefelder, a. a. O., § 143 f AVAVG Anm 9.
 - 2) Vgl Einzelfälle bei KREBS (a. a. O., § 143 f AVAVG Anm 6 bis 9), HEMPELMANN (a. a. O., ABA, 59, S. 268), KRANZ-HUBBERT (a. a. O., § 143 f AVAVG Erl C), BRODHUN-STRIPPEL-HENNIG (a. a. O., § 143 f AVAVG Anm 2).
 - 3) So auch DRAEGER-Buchwitz-Schönefelder, a. a. O., § 143 f AVAVG Anm 9; a. A.: Die in FN 3) aufgeführte Literatur.
 - 4) Daher im Ergebnis richtig Erlaß 3.21; vgl auch § 143 g IV AVAVG n.F. und hierzu Erlaß 3.60; für die Umsetzung auf einen witterungsabhängigen Arbeitsplatz gilt das unten S. 66 Gesagte, entsprechend.

IV.) Ausfall eines vollen Arbeitstages.

1.) Der Begriff.

Grundsätzlich kann nach § 143 e, I, Nr 2 und § 143 f, I, Nr 2 AVAVG Swg nur bezogen werden, wenn an einem vollen Arbeitstag ausgesetzt werden mußte ¹⁾. Diese beiden Bestimmungen können daher hier zusammen erörtert werden. Die Worte "in der Kalenderwoche" in § 143 f, I, Nr 2 AVAVG schließen dies nicht aus, da sie überflüssig sind ²⁾, denn das Swg wird pro Ausfalltag gewährt, gleichgültig, ob dieser Tag in der Kalenderwoche, in einem Monat, oder in der ganzen Swz ausfällt ^{3) 4)}.

Ein voller Arbeitstag ist ausgefallen, falls die Zahl der Stunden an einem Tag ausfällt, die regelmäßig betriebsüblich an diesem Tage innerhalb der regelmäßigen tariflichen wöchentlichen Arbeitszeit geleistet worden wäre.⁵⁾ Dies ergibt sich aus

-
- 1) "An einem vollen Arbeitstag aussetzen" ist ein Widerspruch; besser wäre eine § 143 g, I, 2, Nr. 2 nF. AVAVG entsprechende Formulierung; vgl hierzu unten S. 56 ff; kritisch auch SCHIECKEL, a. a. O., § 143 f AVAVG Anm 3.
 - 2) Ähnlich DRAEGER-Buchwitz-Schönefelder, a. a. O., § 143 f AVAVG Anm 10; a. A. anscheinend BRODHUN-STRIPPEN-HENNIG (a. a. O., § 143 f AVAVG Anm 5) und HEMPELMANN (a. a. O., ABA 59, S. 268).
 - 3) Vgl unten S. 73/74.
 - 4) Nur bei der Fünftagewoche spielte die Kalenderwoche bei der Erhöhung des Bemessungsentgelts als Bemessungszeitraum eine Rolle (vgl § 143 g, I, 3 AVAVG a. F.), weshalb diese Zeiteinheit dort gesondert erwähnt war.
 - 5) Zur Rechtslage vor Erlass des 5. ÄndG ungenau: KRANZ-HUBBERT (a. a. O., § 143 e AVAVG Erl C), die von der regelmäßigen täglichen Arbeitszeit ausgehen, KRANZ (Die jüngsten Bemühungen um ein kontinuierliches ganzjähriges Bauen/einschließlich Winterbau/, BABl 61, S. 97 ff/97), ferner CZICZOR, a. a. O., RdA 60, S. 363; zum Ausfalltag im Sinne des § 143 g, IV AVAVG n. F. richtig Erlass 4.41 mit 4.40.

§ 143 g II, 1 AVAVG in der bis zum 1.11.1963 geltenden Fassung für die Zeitspanne zwischen Inkrafttreten des 3. ÄndG und des 5. ÄndG ¹⁾. Für die Zeit ab 1. 11. 1963 folgt dies aus § 143 g, I, Satz 2, Nr 2 AVAVG n.F..

Sowohl für den Begriff des vollen Arbeitstages als auch für dessen Vergütung ist von der gleichen täglichen Stundenzahl auszugehen, um der Lohnersatzfunktion des Swg ²⁾ gerecht zu werden. Die regelmäßige betriebsübliche Arbeitszeit beträgt nach § 3 A, Nr 1 BRTV ³⁾ acht Stunden ⁴⁾. Die tarifliche wöchentliche Arbeitszeit ergibt sich aus § 3 A, Nr 1, Abs 1 BRTV.-Diese Vorschrift läßt in Abs 2 zu, die Arbeitszeit etwas abweichend zu verteilen ⁵⁾ ⁶⁾.

Aus der oben angeführten Definition folgt auch, daß ein voller Arbeitstag im Sinne der §§ 143 e I, Nr 2 und 143 f I, Nr 2 AVAVG auch ausgefallen ist, falls betriebsüblich nur halbtags gearbeitet wird ⁷⁾.

"An diesem Tage" fällt die regelmäßige Zahl der

-
- 1) Ähnlich DRAEGER-Buchwitz-Schönefelder, a.a.O., § 143 e AVAVG Anm 11.
 - 2) Vgl unten S. 72 mit FN 4).
 - 3) In der Fassung des TV vom 15.3.1963 zur Änderung des BRTV, gültig ab 1.10.1963; durch diese Neufassung wird lediglich die 42-Stundenwoche nicht mit dem 1.10.1963, sondern erst ab 1.4.1964 eingeführt.
 - 4) Vgl auch § 3 A, Nr 2 bis Nr 6 BRTV, § 3 D BRTV mit § 10 I Jugendarbeitsschutzgesetz.
 - 5) Im Ergebnis ebenso ohne Begründung KRANZ-HUBBERT, a.a.O., § 143 e AVAVG Erl C.
 - 6) Vgl auch § 3 D BRTV mit § 10 III Jugendarbeitsschutzgesetz und hierzu Erlaß 4.33.
 - 7) So im Ergebnis schon CZICZOR, a. a. O., RdA 60, S. 369 ohne Begründung; ebenso Erlaß 2.20.

Stunden auch aus, wenn durch Vor- und Nacharbeiten diese Stunden teilweise wieder hereingeholt werden. Dies ergibt der Wortlaut des Gesetzes. Vor- und Nacharbeit bleiben ohne Einfluß auf die Höhe des Swg ¹⁾. - Hier widerstreiten sich zwei Prinzipien des Swg, die Lohnersatzfunktion ²⁾ und das grundsätzliche Ziel des Swg ³⁾. Die Lohnersatzfunktion erfordert, die Vor- und Nacharbeit zu beachten. Die Förderung des Winterbaus schaltet jedoch dieses Prinzip aus und erzwingt, die Entgelte für Vor- und Nacharbeit nicht auf das Swg anzurechnen. Bekämen nämlich die Bauarbeiter keinen Lohn für die Vor- und Nacharbeitsstunden, so würden sie nicht arbeiten. Die Zahl der geleisteten Arbeitsstunden ~~sänke~~. - Diese Erwägung wird bestätigt durch das ersatzlose Wegfallen des § 143 g II AVAVG in der Fassung des 2. ÄndG durch das 3. ÄndG. Die weggefallene Vorschrift sah vor, den Nacharbeitsverdienst anzurechnen ⁴⁾. Daran ändert § 143 g AVAVG n.F. nichts.

2.) Die Fiktion des § 143 e III AVAVG.

Grundsätzlich ist nach § 3, A, Nr 1, Abs 1 BRTV von einer Arbeitszeit von acht Stunden von Montag bis Freitag und von drei Stunden am Samstag auszugehen, sofern die Wochenarbeitszeit nach § 3, A, Nr 1, Abs 2 BRTV nicht abweichend verteilt

1) So im Ergebnis schon, jedoch ohne Begründung HUBBERT (Der Entwurf eines 3. Änderungsgesetzes zum AVAVG, ArbuSozPol 60, S. 242 und 243/243) und KREBS (a.a.O., § 143 f AVAVG Anm 18); vgl ferner KRAUS-HUBBERT, a.a.O., § 143 f AVAVG Erl 4; kritisch DRAEGER-Buchwitz-Schönefelder, a.a.O., § 143 f AVAVG Anm 12; vgl aber oben S. 44/ mit FN 2).

2) Vgl unten S. 72 mit FN 4).

3) Vgl oben S. 13/14.

4) Darauf weisen auch DRAEGER-Buchwitz-Schönefelder (a.a.O., § 143 g AVAVG Anm 1) hin; vgl ferner BT-Drucksache 2044, S. 3; dies übersieht MOLITOR, a.a.O., AR-Blattei, Baugewerbe VI; zur Fassung des 2. ÄndG zu Recht kritisch CZICZOR, a.a.O., RdA 60, S. 366.

ist ¹⁾. Eine abweichende Vereinbarung, auch so, daß am Samstag nur drei Stunden lang gearbeitet wird, war auch nach den Bestimmungen der vorhergegangenen Fassungen des BRTV theoretisch zulässig. Es ist daher möglich, wenn auch unwahrscheinlich, daß die regelmäßige betriebsübliche Arbeitszeit an einem Tage drei Stunden beträgt. - Nach § 143 e III AVAVG gilt trotz bis zu dreistündiger Arbeit ein Arbeitstag als voll ausgefallen, falls anschließend die Arbeit wegen Sw abgebrochen werden muß. Diese Vorschrift unterstellt danach etwas Unwahres als richtig, ist also keine unwiderlegbare Vermutung, die etwas unterstellt, was wahr sein kann, sondern eine Fiktion ²⁾. Nicht abzustellen ist bei dieser Begründung auch das Wort "gilt", denn dieser Ausdruck wird vom Gesetzgeber auch für unwiderlegbare Vermutungen verwendet.

Diese Norm des § 143 e III AVAVG soll einen Arbeitsversuch ohne Entfallen des Anspruchs auf Swg ermöglichen und einen Arbeitsanreiz schaffen ³⁾. Sie wurde erst durch das 3. ÄndG eingefügt, nachdem sich herausgestellt hatte, daß die Bauarbeiter bereits bei geringen Regenfällen nicht mehr zur Arbeitsaufnahme bereit waren, weil sie wegen der Erfordernisse der §§ 143 e I, Nr 2, 143 f I, Nr 2 AVAVG sonst ihren Anspruch verloren hätten ^{4) 5)}.

1) Ebenso Erlaß 4.30; vgl auch § 4, II Arbeitszeitordnung und hierzu Erlaß 4.31.

2) Vgl DRAEGER-Buchwitz-Schönefelder (a. a. O., § 143 e AVAVG Anm 11 a) und KRANZ-HUBBERT (a. a. O., § 143 e AVAVG Erl C).

3) Vgl Bericht, BABl 62, S. 888.

4) Vgl Bericht, BABl 62, S. 890.

5) Eine § 143 e, III AVAVG sinnngemäße Bestimmung hatte bereits der Bundesrat für das 2. ÄndG vorgeschlagen (vgl BT-Drucksache 1240, S. 22); dieser Anregung war damals jedoch nicht zugestimmt worden (vgl BT-Drucksache 1240, S. 27).

3.) Geltungsbereich des § 143 e, III AVAVG.

Der Kompromiß ¹⁾ des § 143 e III AVAVG gilt überall, wo das AVAVG oder sonstige Vorschriften einen voll ausgefallenen Arbeitstag fordern. Für das Gesetz ergab sich dies bereits aus § 143 g II, 2, 2. Halbsatz in der Fassung des 3. Änder²⁾. Auch das 5. Änder³⁾ verwendet diesen Begriff ³⁾, ohne § 143 e III AVAVG zu ändern. Daraus ist der Schluß gerechtfertigt, daß Arbeitsversuche nach § 143 e III AVAVG auch als voll ausgefallene Tage in rangniedereren Richtlinien, Erlassen und sonstigen Vorschriften gelten.

4.) Zeitpunkte für die Feststellung der Kausalität des Sw.

Der betriebsübliche Beginn der Arbeitsschicht im Sinne des § 143 e III AVAVG ergibt sich aus der Betriebsvereinbarung oder aus längerer Übung der Mehrheit der Bauarbeiter des Betriebs ⁴⁾, wie aus einer Wortauslegung erhellt. Aus dieser Norm ergibt sich auch, daß von diesem Zeitpunkt ausgegangen werden muß, wenn die Kausalität des Sw festgestellt werden soll ⁵⁾. Bei Arbeitsversuchen ist das Wetter zur Zeit des Abbruchs der Arbeit maßgebend dafür, ob es der alleinige Grund des Arbeitsausfalls ist. Liegt bei betriebsüblichem Beginn der Arbeitsschicht oder bei Abbruch der Arbeit innerhalb der darauffolgenden drei Stunden Sw vor, so ist Swg zu gewähren. Das Swg entfällt nur, wenn die Arbeit mehr als drei Stunden nach dem betriebsüblichen Beginn ohne Unterbrechung hätte fortgeführt werden können. - Daher schließt z.B. ⁶⁾ Arbeitsbeginn einzelner

1) Vgl BT-Drucksach 2094, S. 2.

2) DRAEGER-Buchwitz-Schönefelder, a. a. O., § 143 f AVAVG Anm 10; zum gleichen Ergebnis kommen KRANZ-HUBBERT (a. a. O., § 143 e AVAVG Erl C) mit anderer Begründung.

3) Vgl § 143 g, I AVAVG nF.

4) Ähnlich KRANZ-HUBBERT (wie FN 2) und Erlaß (2.21); inkonsequent Erlaß 2.22, Abs 2; ungenau Erlaß II, 3.51, Abs 2.

5) Sinngemäß ebenso KRANZ-HUBBERT, wie FN 2).

6) Dieses Beispiel wurde Erlaß (2.22) entnommen, der für die Mehrarbeit jedoch betriebliche Gründe fordert.

Bauarbeiter vor dem betriebsüblichen Beginn ihren Anspruch auf Swg nicht aus, selbst wenn sie mehr als drei Stunden bis zum Abbruch der Arbeit tätig waren. Dieses Ergebnis ist gerechtfertigt, weil diese Mehrstunden auch das Swg nicht erhöhen, wenn sie ebenfalls wegen Sw entfallen, wie § 143 g AVAVG zeigt.

Aus § 143 e III AVAVG läßt sich die Pflicht der Bauarbeiter herleiten, bei zweifelhaftem Wetter bei Schichtbeginn anwesend zu sein und die Arbeit zu versuchen. Bei Verzicht des AA entfällt diese Pflicht für jeden Tag, für den der Verzicht gilt ¹⁾. Bei zweifelsfreiem Sw kann der Zweck des § 143 e III AVAVG, wenigstens zu versuchen, die Arbeit aufzunehmen, nicht erreicht werden. Eine Obliegenheit der Bauarbeiter, auch in diesem Falle die Baustelle aufzusuchen oder dort sogar drei Stunden zu warten, läßt sich deshalb aus dieser Vorschrift nicht begründen ²⁾. Also erhalten die Bauarbeiter bei Sw - wie bereits erwähnt - Swg, auch wenn sie wegen des Sw nicht auf die Baustelle gekommen sind ³⁾. Da - wie ausgeführt - Swg bei Sw zur Zeit des Abbruchs der Arbeit gewährt wird, kommt es nicht mehr auf spätere Witterungsveränderungen an. Die Bauarbeiter brauchen folglich z.B. bei plötzlicher Wetterbesserung am Nachmittag nicht mehr zur Baustelle zurückzukehren ⁴⁾. Dieses Ergebnis ist auch dadurch gerechtfertigt, daß der hierfür erforderliche Aufwand an Wegezeit und Kraft in keinem Verhältnis steht zu der durch die Rückkehr noch möglichen Arbeitsleistung.

V.) Die Anzeige des Arbeitsausfalls.

Nach § 143 e I, Nr. 3 AVAVG ist die Anzeige des Arbeitsaus-

1) Vgl hierzu unten S. 90 ff.

2) Wohl auch KRANZ-HUBBERT, a. a. O., § 143 f AVAVG Erl D; noch weiter Erlaß II, 3.24; a. A. Bericht, BABl 62, S. 888.

3) Im Ergebnis auch Erlaß II, 3.24.

4) KRANZ-HUBBERT (a. a. O., § 143 e AVAVG Erl B, wie FN 2) nehmen "mittelbare Folgewirkungen" an; HEMPELMANN (a. a. O., ABA 59, S. 267) versucht, mit "Unzumutbarkeit" zu helfen; inkonsequent DRAEGER-Buchwitz-Schönefelder, a. a. O., § 143 e AVAVG Anm 7.

falls erforderlich, damit Swg gewährt werden kann. Aus systematischen Gründen wird diese betriebliche Voraussetzung des Anspruchs auf Swg zusammen mit den Verfahrensbestimmungen untersucht ¹⁾.

D) Persönliche Voraussetzungen für den Anspruch auf Swg.

Die persönlichen Voraussetzungen für den Anspruch auf Swg ergeben sich aus § 143 f AVAVG ²⁾, wie seine Fassung ("Anspruch... hat, wer...") erkennen läßt. Diese Norm ist ungenau und wenig systematisch gefaßt, denn einzelne darin ausgedrückte Gedanken sind bereits in anderen Vorschriften mit enthalten und dort abgehandelt ³⁾.

I.) Der Einfluß der Staatsangehörigkeit.

Die persönlichen Geltungsbereiche des BRTV und des LATV verlangen keine deutsche Staatsangehörigkeit ⁴⁾, sie umfassen auch ausländische Bauarbeiter ⁵⁾. Auch § 143 f AVAVG fordert keine deutsche Staatsangehörigkeit ⁶⁾. Die Normen der §§ 143 a bis 143 n AVAVG sind auch ihrer Natur nach auf alle im Geltungsbereich des AVAVG tätigen Bauarbeiter, gleich welcher Nationalität, anzuwenden ⁷⁾. Erfüllten Staatenlose und ausländische Bauarbeiter daher die sonstigen Bedingungen, sind sie anspruchsberechtigt ⁸⁾.

1) Vgl unter S. 81 ff; vgl auch unten S. 107 ff.

2) Wie oben S. 10 FN 1), ungenau 1FO, S. 14.

3) Vgl oben S. 56 ff, S. 42 mit Seite 50 ff; vgl auch oben S. 55.

4) Vgl § 1 III BRTV und LATV.

5) MOLITOR, a.a.O., AR-Blattei, Baugewerbe VI.

6) Beachte jedoch § 199 AVAVG; die Anordnung eines Vergeltungsrechts ist jedoch nur zulässig, falls Deutschen im Ausland unberechtigt Versicherungs- oder Vermittlungsleistungen vorenthalten werden, sinngemäß auch Draeger-BUCHWITZ-Schönefelder, a.a.O., § 199 AVAVG Anm 2; vgl auch Art 31 EGBGB; vgl auch RAAPE in Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 9. Auflage, München, Berlin und Leipzig 1931, VI. Band, zu Art 31 EGBGB (S. 834 ff); V. BAR, Theorie und Praxis des internationalen Privatrechts, 2. Auflage, Hannover 1889, Erster Band, S. 287/288, 299/300, Zweiter Band, S. 512/513.

7) Vgl zur Begründung oben S. 26.

8) Ebenso KRERS, a.a.O., § 143 f AVAVG Anm 4.

Es mag darauf hingewiesen werden, daß auch in der Krankenversicherung die Staatsangehörigkeit nicht berücksichtigt wird ¹⁾, soweit zwischenstaatlich nicht eine Ausnahme von der Krankenversicherungspflicht vereinbart ist ^{2) 3)}.

II.) Das Arbeits- und Beschäftigungsverhältnis.

1.) Die Unterscheidung zwischen Arbeits- und Beschäftigungsverhältnis.

Der Unterschied kann im Rahmen dieser Arbeit nicht im einzelnen dargelegt werden. Ein Av ist - auch im Sinne des § 143 f, II AVAVG - ein zweiseitiges, privatrechtliches Rechtsverhältnis zwischen Ag und An ⁴⁾. Auch das Beschäftigungsverhältnis ist zweiseitig. Es genügt aber, um daran die versicherungs-

-
- 1) Vgl ENGESSER, Die Krankenversicherungsleistungen an die Familienangehörigen der griechischen Arbeitnehmer, ArbuSozR 62, S. 4 ff (4); derselbe, Die Krankenversicherungsleistungen an die Familienangehörigen der spanischen Arbeitnehmer, ArbuSozR 61, S. 4 ff (4).
 - 2) Vgl DRAEGER-Buchwitz-Schönefelder, a. a. O., § 56 AVAVG Anm 47.
 - 3) Da Art 5 des deutsch-italienischen Abkommens über die Arbeitslosenversicherung vom 5. 5. 1953 (BGBl 1954, Teil II, S. 485; ungenau zitiert von KRANZ-HUBBERT, a. a. O., § 143 f, AVAVG Erl E) nur die Ansprüche auf Leistungen nach Eintritt der Arbeitslosigkeit ausschließt, können auch Italiener Anspruch auf Swg haben, denn das Swg gehört nicht zu diesen Leistungen (vgl oben S. 18; so schon SG Reutlingen / Urteil vom 31. 8. 1960, BB 60, Nr 2315/ S. 1288, DB 60, S. 1220/aus mehreren, teils überzeugenden Gründen; gegen das Urteil, dem KRANZ-HUBBERT / wie oben / zustimmen, es jedoch irrtümlich als nicht veröffentlicht bezeichnen, wurde auf Weisung der BA keine Berufung eingelegt).
 - 4) Vgl DRAEGER-Buchwitz-Schönefelder, a. a. O., § 56 AVAVG Anm 12; BSGE 1, 115 ff (117); zum Begriff des Av vgl allgemein statt vieler SCHNORR VON CARLSFELD (Arbeitsrecht, S. 122, S. 123 mit S. 10) und BAGE (GS) 8, 285 ff (296/297).

rungsrechtlichen Folgen anzuknüpfen ¹⁾. Es verlangt eben vor allem ~~nicht eine~~ **Vertragsverhältnis** ²⁾.

Die Rechtsschicksale von Av und Beschäftigungsverhältnis können verschieden sein ³⁾.

Die bei Sw entfallende Lohnzahlungs- und Arbeitspflicht und der Ausschluß der Kündigung aus Witterungsgründen führen an Tagen mit Sw bei Fehlen einer Kündigung aus anderen Gründen zu einer Art zweiseitigen, unechten Ruhens des Av. Das bedeutet, daß die Arbeitspflicht des An und die Lohnzahlungspflicht des Ag entfallen, die übrigen Rechte und Pflichten des Av jedoch fortbestehen ⁴⁾. Das Beschäftigungsverhältnis im Sinne des Sozialversicherungsrechts kann hingegen grundsätzlich nicht fortbestehen, wenn die tatsächliche Arbeitsleistung und die Entgeltzahlung unterbrochen werden. Auf die Auseinandersetzung, die sich um die Frage entsponnen hatte, ob bei Beziehern von Swg das versicherungspflichtige Beschäftigungsverhältnis

-
- 1) DRAEGER-Buchwitz-Schönefelder, a.a.O., § 56 AVAVG Anm 12 a.A. ; nicht so klar trennt KOSSOW (Nochmals: Schlechtwettergeld und Sozialversicherung, Sozialversicherung 61, S. 168 ff/169).; anders auch BSGE 1, 115 ff(117).
 - 2) Vgl statt vieler DRAEGER-Buchwitz-Schönefelder, a.a.O., § 56 AVAVG Anm 12, Anm 15; BSGE 1, 115 ff (118).
 - 3) Vgl BSGE 1, 115 ff (117); vgl auch DRAEGER-Buchwitz-Schönefelder, a.a.O., § 56 AVAVG, vor allem Anm 12, 15, 19.
 - 4) Ähnlich BLUMENSAAT-GERLING-LEBER (a.a.O., S. 195 und 196) für den Ausgleichszeitraum des § 143 d, I, Nr 2 AVAVG, falls in dieser Zeit nicht gearbeitet wird; für ähnliche Fälle vgl SCHNORR VON CAROLSFELD (Arbeitsrecht. S. 165, S. 168 unter b,d), HUECK-Nipperdey (a.a.O., S. 180, 215). auch das LAG Düsseldorf (Urteil vom 22.6.1961, abgedruckt im DBI C, § 143 d AVAVG Nr 731 a) geht von fortbestehendem Av aus.

unterbrochen ist, kann nur hingewiesen werden ¹⁾). Eine Prüfung der einschlägigen Entscheidungen des RVA und des BSG ²⁾, ferner der klare Wortlaut des § 143 i AVAVG a.F. zwangen zu dem Ergebnis, daß das Beschäftigungsverhältnis durch Sw bei Bezug von Swg nicht unterbrochen wurde ³⁾. Entsprechend sagt § 143 i AVAVG i.d.F. des 5. ÄndG, daß in der Krankenversicherung die Mitgliedschaft Versicherungspflichtiger für die Dauer des Bezugs von Swg erhalten bleibt.

2.) Arbeiter mit Arbeitslosenversicherungspflicht.

Ob das Erfordernis der versicherungspflichtigen Beschäftigung im Sinne des § 143 f I, Nr 1 AVAVG erfüllt ist, ergeben §§ 1227 I, 1 RVO, 56 AVAVG ⁴⁾. Auf diese Vorschriften kann an dieser Stelle nur hingewiesen werden. ⁵⁾

Nach diesen Vorschriften sind beispielsweise versicherungsfrei ⁶⁾

-
- 1) Vgl statt vieler bejahend: HILLEBRAND (Zur Frage der Krankenversicherung der Schlechtwettergeldbezieher, KVg 61, S. 74 ff/74 bis 76), UMRATH (Ministerielles Mißtrauen?, DOK 61, S. 73 und 74/73 und 74), Gemeinsame Erklärung der Krankenkassen und der Verbände der Ersatzkassen (Arbeiterversorgung 61, S. 96); vgl statt vieler verneinend: BT-Drucksache 1294 (S.3), FANGMEYER-UEBERALL (Gesetz über Arbeitsvermittlung und Arbeitslosenversicherung, Kommentar, 5. Auflage, Essen, Stand vom 15.4.1964, § 143 i AVAVG, 1), "Ma." (Zur Krankenversicherung der Bezieher von Kurzarbeitergeld und Schlechtwettergeld, BB 62, Nr 917/S. 523 und 524/S. 523 und 524), Der Bundesminister für Arbeit und Sozialordnung (Krankenversicherung der Bezieher von Kurzarbeitergeld und Schlechtwettergeld, Schreiben vom 10.1.1962/IIb 3 - 2834/2872.44, abgedruckt in BKK 62, Spalte 196 und 197/196).
 - 2) Vgl statt vieler die grundlegenden Entscheidungen BSGE 1, 115 ff (118, 119), 12, 190 ff (193, 195).
 - 3) Voraussetzung, daß das Ende der Unterbrechung der Arbeitsleistung voraussehbar ist, beiderseitiger Wille zur Fortsetzung der Arbeit nach Wegfall der Unterbrechung vorhanden ist, der An grundsätzlich dienstbereit ist und der Ag die Verfügungsmacht behält; dies ist bei Empfängern von Swg gegeben, außerdem erfolgen vor und nach dem Sw Lohnzahlungen.
 - 4) Vgl ferner §§ 1228, 1229 RVO, 65 AVAVG.
 - 5) Näheres bei DRAEGER-Buchwitz-Schönefelder, a.a.O., § 143 f AVAVG Anm 7; vgl auch Swg-Merkblatt, A, V, Nr 5a und Swg-Anleitung, II, Nr 5, b, aa.
 - 6) Vgl auch die Übersicht bei DRAEGER-Buchwitz-Schönefelder, (a.a.O., § 56 AVAVG Anm 67 bis 73) zur Versicherungsfreiheit ausländischer Bauarbeiter auf Grund zwischenstaatlicher Abkommen und überstaatlicher Rechtsvorschriften.

über 65 Jahre alte An, unständig und geringfügig Beschäftigte. - Eine knappschaftliche Rentenversicherung genügt nach dem Wortlaut des § 143 f I, Nr. 1 AVAVG a.F. nicht ¹⁾. Die Fassung dieser Norm durch das 5. ÄndG schließt deshalb jeden, der "als Arbeiter in einer arbeitslosenversicherungspflichtigen Beschäftigung steht", in den Kreis der Berechtigten ein ²⁾, Angestellte also nicht. Die Versicherungspflicht muß bei Beginn jedes Ausfalltages gegeben sein, denn das Swg wird tageweise gewährt, wie § 143 g I, 1 AVAVG n.F. ergibt ³⁾. - Eine Arbeitserlaubnis nach § 43 AVAVG verlangt das Gesetz nicht ⁴⁾. - "Bei Beginn des Arbeitsausfalls in einer Beschäftigung stehen" verlangt, daß alle Rechte und Pflichten dieses rein tatsächlichen Verhältnisses bereits bestehen, wenn der Arbeitsausfall beginnt. Diese Voraussetzung ist auch erfüllt, wenn zur Zeit des Eintritts dieser Verpflichtungen, also bei Arbeitsaufnahme, Sw herrscht ⁵⁾. Dieser Schluß ist dadurch gerechtfertigt, daß das Av mit dem Zeitpunkt beginnt, an dem die Arbeit aufgenommen werden sollte, wie ein Umkehrschluß aus § 620 I BGB ergibt ⁶⁾.

3.) Der Fortbestand des Av bei Beginn des Sw.

Zum Bezug des Swg ist nach § 143 f II AVAVG ein ungekündigtes Fortbestehen des Av erforderlich. Der Zweck des Swg, die Av trotz Sw aufrechtzuerhalten ⁷⁾, kann nicht mehr erreicht werden, wenn das Av bereits gekün-

1) Rechtsirrig daher die frühere, aus Billigkeitserwägungen abweichende Praxis; irrig auch Bericht, BABI 62, S. 892.

2) BT-Drucksache IV/1312, S. 5; richtig auch KREBS, a. a. O., § 143 f AVAVG Anm 12.

3) Zu weit daher Erlaß (3.14) und BRODHUND-STRIPPEL-HENNIG (a. a. O., § 143 f AVAVG Anm 4), die Versicherungspflicht bei Beginn mehrerer zusammenhängender Ausfalltage genügen lassen wollen.

4) Zutreffend Erlaß 3.14.

5) Vgl statt vieler ähnlich BRODHUND-STRIPPEL-HENNIG (a. a. O., § 143 f AVAVG Anm 3); widersprüchlich Erlaß 3.11 und 3.12; a. A. wohl ENDERLEIN, Schlechtwettergeld, Arbeitskammer 60, S. 26.

6) SCHNORR VON CAROLSFELD, Arbeitsrecht, S. 64.

7) Vgl oben S. 13 ff (15).

diert wurde ¹⁾. Das Wort "ungekündigt" ist demgemäß erforderlich und wichtig ²⁾. Die gegen den Verbleib dieses Wortes im Gesetzestext vorgebrachten Bedenken beruhen auf Einzelfällen, deren Schema im folgenden aufgezeigt wird.

Das Wort "ungekündigt" ergibt, daß nur eine rechtswirksame ³⁾ Kündigung ⁴⁾ den Anspruch des An auf Swg ausschließt ⁵⁾. Die Frist für die allein mögliche Kündigung aus anderen Gründen als Sw beträgt nach § 2, Nr 2, Abs 1 BRTV drei Tage und läuft ab dem Tag, nach welchem sie ausgesprochen wurde, was voraussetzt, daß die Kündigung an dem Tag, an dem sie ausgesprochen wird, auch zugeht und damit wirksam wird. Da die Identität des Tages des Zugangs mit dem des Ausspruchs im Baugewerbe die Regel ist, kann auch für den Tag des Zugangs noch Swg gewährt werden ^{6) 7)}. In den folgenden drei Tagen hat der Bauarbeiter bei Sw keinen Lohnanspruch wegen § 4 II, Abs 1 BRTV ⁸⁾. Er be-

-
- 1) Richtig RT-Drucksache 1240, S. 27; LESER, a.a.O., DB 60, S. 293.
 - 2) A.A.: Der Bundesrat (RT-Drucksache 1240, S.22) HEMPELMANN (a.a.O., ABA 59, S. 266); ferner die Sozialpartner des Baugewerbes, wie BLUMF SAAT-GEERLING-LIEBER (a.a.O., S. 178) und das BAG (BAG AP Nr 2 zu § 143 d AVAVG) betonen; eine Mittelmeinung vertritt KREBS in Anm zu BAG AP Nr 2 zu § 143 d AVAVG.
 - 3) Vgl hierzu oben S. 33 ff.
 - 4) Vgl zum Begriff statt vieler SCHNORR VON CAROLSFELD, Arbeitsrecht, S. 350 und 351; NIKISCH, Arbeitsrecht I, S. 686 ff; HUECK-Nipperdey, a.a.O., S. 543.
 - 5) LESER, a.a.O., DB 60, S. 294; ähnlich DRÄNGER-Buchwitz-Schönefelder, a.a.O., § 143 f AVAVG Anm 14; KRANZ-HUBBERT, a.a.O., § 143 f AVAVG Erl G.
 - 6) Würde die Kündigung erst einige Tage später zugehen, so kann für diese Zwischenzeit ebenfalls Swg ^{gewährt} werden, denn die Kündigung wird erst mit Zugang wirksam.
 - 7) Zum gleichen Ergebnis kommen ohne Begründung im einzelnen Erlaß (3.20), BRODHUN-STRIEPL-HENNIG (a.a.O., § 143 f AVAVG Anm 6), wohl auch KRANZ-HUBBERT (wie FN 5)); ebenso Swg-Merkblatt, A, V, h.
 - 8) So u.a. auch das BAG (BAG AP Nr 2 zu § 143 d AVAVG) mit zustimmender Anm von KREBS, gegen das LAG Baden-Württemberg (Urteil vom 25.4.1960, abgedruckt in DB 60, S. 760) als Zweitinstanz, das aus richterlichem Billigkeitsrecht Anspruch auf dreitägige Lohnzahlung gewährte.

kommt auch kein Swg, da er § 143 f AVAVG nicht mehr erfüllt. Der Bauarbeiter hat auch keinen Anspruch auf Arbeitslosengeld gemäß § 74 I AVAVG, da er nicht arbeitslos im Sinne des § 75 I AVAVG ist ¹⁾. Der Bauarbeiter bekäme also in diesen drei Tagen bei dauerndem Sw weder Lohn, noch Swg, noch Arbeitslosengeld ²⁾.

Der Ag ist rechtlich nicht verpflichtet, den Bauarbeiter auf einen witterungsunabhängigen Platz in dieser Zeit umzusetzen, ³⁾ ihn auf die noch zu prüfende Möglichkeit, selbst sofort zu kündigen, hinzuweisen, oder die Kündigung zurückzunehmen ⁴⁾. Dies ergibt sich auch aus § 4 II, Abs 1 BRTV, der noch immer den Bauarbeiter das Risiko des Sw aufbürdet. Der Ag ist nicht einmal verpflichtet, durch Vertrag sofort das Av zu beenden, falls er ein berechtigtes Interesse an dem befristeten Fortbestand des Av hat ⁵⁾. Zwar gelten auch für Bauarbeiter als gewerbliche Arbeiter §§ 123, 124 GewO, aber sie greifen nicht zugunsten der Bauarbeiter ein, da ihre Voraussetzungen nicht vorliegen ⁶⁾.

Erfolgt die Kündigung -wie zumeist- aus Arbeitsmangel, so ist sie nicht sozial ungerechtfertigt ⁷⁾, der An größerer Betriebe ⁸⁾ kann mit Hilfe des KSchG nichts ihm Günstigeres erreichen ⁹⁾.

Als Ausweg bietet sich für den Bauarbeiter in diesem

1) Vgl oben S. 18.

2) Diesen Schluß ziehen ferner BLUMENSAAT-GERLING-LEBER (a.a.O., S. 178), HEMPELMANN (a.a.O., BABA 59, S. 265), KRANZ-HUBBERT (a.a.O., § 143 f AVAVG Erl G) und das FAG (in BB 62, Nr 908, S. 520 ff/521, AP Nr 2 zu § 143 d AVAVG); zum Entfallen des Swg ebenso bereits der Bundesrat (BT-Drucksache 1240, S. 22).

3) Zu weitgehend daher Erlaß II, 2.02 Abs 2; a. A. BSE-Berater, S. 44.

4) Ebenso LESER, a. a. O., DB 60, S. 294; BAG in BB 62, Nr 908, S. 520 ff/521; zweifelnd noch BAG AP Nr 1 zu § 143 d AVAVG.

5) LESER, wie FN 4); GERLAND in Anm zu BAG AP wie FN 4).

6) Im Ergebnis gleicher Ansicht LESER wie FN 4).

7) Vgl § 1, II, 1 KSchG.

8) Vgl § 21, I, 1 und 2 KSchG.

Fälle eine sofortige fristlose Gegenkündigung gemäß § 124 a GewO an ¹⁾. Diese Vorschrift gilt für Bauarbeiter und sonstige gewerbliche Arbeiter, deren Av einer beschränkten Kündigung unterliegen und damit erschwert kündbar oder fristgemäß unkündbar geworden sind ²⁾. Jeder Bauarbeiter ist in der Swz aus Witterungsgründen überhaupt nicht kündbar ³⁾, aus sonstigen Gründen mit einer Frist von drei Tagen. Damit ist in der Swz § 124 a GewO zugunsten jedes Bauarbeiters erfüllt. - Der Bauarbeiter kündigt auch nicht wegen des Sw, was -wie bereits ausgeführt wurde- unzulässig wäre ⁴⁾, sondern weil ihm der Ag gekündigt hat. Dadurch ist der Bauarbeiter in finanzielle Bedrängnis geraten. Ein wichtiger Grund im Sinne des § 124 a GewO ist ebenfalls gegeben, da es dem Bauarbeiter nach der im Arbeitsleben herrschenden Auffassung nicht zugemutet werden kann, daß er auf drei Tage Arbeitslosengeld verzichtet ⁵⁾. Da die Beurteilungsgrundlage für den "wichtigen Grund" im Sinne des § 80, I AVAVG die gleiche ist ⁶⁾, so muß dem Bauarbeiter, der sich sofort arbeitslos meldet, nachdem er

-
- 1) Neuerdings läßt das BAG (AP Nr 2 zu § 143 d AVAVG) dies ausdrücklich dahingestellt; a.A.: LESER, a. a. O., DB 60, S. 294; BSE-Berater, S. 45.
 - 2) Die Geltung des § 124 a GewO für alle Av, die beschränkt kündbar sind, wird neuerdings allgemein bejaht; vgl statt vieler ROHLFING-KISKALT-WOLFF, a. a. O., § 124 a GewO Anm 1; KASKEL-DERSCH (Arbeitsrecht, 5. Auflage, Berlin-Göttingen-Heidelberg 1957, S. 239) und Landmann-Rohmer-Eyermann-FRÖHLER (Gewerbeordnung, Kommentar, Zweiter Band, 11. Auflage, München und Berlin 1956, § 124 a GewO, Anm 1/S. 246), beide wohl nur andeutungsweise.
 - 3) Vgl oben S. 34 ff.
 - 4) Vgl oben S. 34/35.
 - 5) Draeger-BUCHWITZ-Schönefelder, a.a.O., § 80 AVAVG Anm 6; vgl allgemein SCHNORR VON CAROIS- FEID, Arbeitsrecht, S. 393.
 - 6) Ähnlich Draeger-BUCHWITZ-Schönefelder, a.a.O., § 80 AVAVG Anm 6.

fristlos gekündigt hat, Arbeitslosengeld gewährt werden, ohne daß eine Sperrfrist verhängt werden darf ¹⁾.

III.) Ausnahmen.

1.) Die "Stammkräfte".

Bauarbeiter im Sinne des § 143 f III, 2, 2. Halbsatz AVAVG erhalten kein Swg. Diese Norm wurde durch Art. I, Nr 4 des 3.ÄndG neu gefaßt und stark abstrahiert ²⁾. Sie bezweckt, daß Personen vom Bezug des Swg ferngehalten werden, die die Arbeitslosenversicherung bisher nicht belastet haben ³⁾. Diese für jeden Betrieb wichtigen Dauerarbeitskräfte, z.B. Hilfspoliere, Hilfsschachtmeister, Betriebshandwerker und Maschinenpersonal ⁴⁾, waren auch ohne Swg nicht entlassen worden, um ihr Abwandern in andere Berufe zu vermeiden. - "Üblicherweise" ist nach der im Baugewerbe herrschenden Verkehrsauffassung auszulegen ⁵⁾. Diese kann jedoch regional unterschiedlich sein ⁶⁾, wenn man vom Sinn und

-
- 1) Zum selben Ergebnis kommen -ohne jede Prüfung des § 124 a GewO! - HUBBERT (Vorschriften, SozSich 59, S. 230), BLUMENSAAT-GEERLING-LEBER (a.a.O., S. 178), HEMPELMANN (a.a.O., ABA 59, S. 266), KRANZ-HUBBERT (a.a.O., § 143 f AVAVG Erl G), wohl auch FULLER (a.a.O., KVG 60, S. 50); mit unrichtiger Begründung ebenso LESER, a.a.O., DB 60, S. 294; dieses Ergebnis bejaht auch GERLAND (in Anm zu BAG AP Nr 1 zu § 143 d AVAVG) falls der Bauarbeiter fristlos kündigen kann, was GERLAND offen läßt.
 - 2) Zur alten Fassung vgl HEMPELMANN, a.a.O., ABA 59, S. 268.
 - 3) Vgl AKB Nr 2725; "bam.", a.a.O., ArbuSozR 61, S. 210; zur alten Fassung ebenso DRAEGER-Buchwitz-Schönefelder, a.a.O., § 143 f AVAVG Anm 7.
 - 4) Vgl Erlaß II, 3.41; vgl ferner die in Erlaß (3.40) aufgeführten Einzelfälle; vgl auch Erlaß (3.50 und 3.40) gegen BLUMENSAAT-GEERLING-LEBER (a. a. O., S. 413) in Bezug auf Hilfspoliere und Hilfsschachtmeister; hierzu zu eng KREBS, a. a. O., § 143 f AVAVG Anm 10.
 - 5) Allgemeine Meinung; vgl statt vieler BT-Drucksache 2094 (S. 2), REHKER (a. a. O., RdA 61, S. 196), SCHREIBER (a. a. O., DVZ 61, S. 11), "Bam.", wie FN 3).
 - 6) Erlaß 3.40; noch weiter: DRAEGER-Buchwitz-Schönefelder, wie FN 3).

Zweck der Vorschrift ausgeht ¹⁾. Würde man nur einen einheitlichen Maßstab zulassen, so könnten Bauarbeiter, die durchbeschäftigt zu werden pflegen, anspruchsberechtigt werden. Ein Abstellen auf die Zahl der Dauerarbeitskräfte jedes Einzelbetriebes im letzten Winter wird durch den Ersatz des Wortes "bisher" durch "üblicherweise" ausgeschlossen ²⁾. Entscheidend ist die betriebliche Tätigkeit, wie das Gesetz ergibt ³⁾, nicht die Person. Daß Arbeitslohn fortgezahlt wird, muß nicht ausdrücklich durch Einzelarbeitsvertrag gewährleistet sein ⁴⁾. Ausreichend erscheint eine stillschweigende Übereinkunft, nach der der Bauarbeiter in der witterungsüblichen Jahreszeit auch bei längerem Sw tätig ist und Lohn erhält ⁵⁾.

2.) Sonstige.

Durch § 143 f III, 2, 1. Halbsatz AVAVG wird § 143 f I, Nr 1 AVAVG weiter eingeschränkt. Damit soll der Personenkreis des § 168 RVO ausgeschlossen werden, d.h. Personen, die Dienstleistungen nur gelegentlich ausführen, oder zwar regelmäßig, aber nur nebenher und gegen ein geringfügiges Entgelt. Die Vorschrift wurde geschaffen, damit das Swg nicht mißbräuchlich ausge-

1) Siehe oben S. 70.

2) So schon ENDERLFIN, Weitere Förderungsmaßnahmen für den Winterbau, Arbeitskammer 61, S. 14 ff (15); vgl auch Erlaß 3.40, Abs 2.

3) Ohne Begründung KRANZ-HUBBERT, a. a. O., § 143 f AVAVG Erl K; ähnlich KREBS, a. a. O., § 143 f AVAVG Anm 41; mißverständlich DRAEGER-Buchwitz-Schönefelder, a. a. O., § 143 f Anm 7; zu weit BT-Drucksache 2094, S. 2; a. A. SCHREIBER, a. a. O., DVZ 61, S. 11.

4) Im Ergebnis auch Erlaß 3.40.

5) Ähnlich DRAEGER-Buchwitz-Schönefelder, a.a.O., § 143 f AVAVG Anm 7; a.A. teilweise KRANZ-HUBBERT, a.a.O., § 143 f AVAVG Erl K.

nützt wird. "In der Hauptsache" ist jemand als arbeitslosenversicherungspflichtiger Arbeiter tätig, wenn diese versicherungspflichtige Beschäftigung überwiegt ¹⁾. "Berufsmäßig" bedeutet, daß die versicherungspflichtige Tätigkeit seiner Stellung im Arbeitsleben nach Umfang und wirtschaftlicher Bedeutung das Gepräge gibt ²⁾.

IV.) Natur und Einschränkungen des Anspruchs auf Swg.

Der Anspruch auf Swg kann ruhen, entfallen oder versagt werden. Der Anspruch auf Swg ist dadurch verschiedenartig blockiert, was verweisungstechnisch bedingt ist. Die Normen, die dies regeln, gehen sämtlich von dem Gedanken aus, daß der Bauarbeiter nur Swg beziehen soll, wenn sein Lohnausfall ausschließlich durch das Sw verursacht wurde. Besonders deutlich zeigt dies § 143 f, III AVAVG, innerhalb dieses Absatzes vor allem Satz 3 mit § 96 I AVAVG ³⁾. Das Swg tritt an die Stelle des durch Sw entgangenen Verdienstes, es hat damit, wie bereits erwähnt, Lohnersatzfunktion ⁴⁾.

1.) Natur des Anspruchs ⁵⁾.

In § 143 f I AVAVG heißt es, "Anspruch auf...hat, ver...", ebenso in §§ 74 I, 144 I AVAVG. Für Arbeitslosenzgeld und Arbeitslosenhilfe wird der Begriff "Anspruch" als Bezeichnung eines subjektiven

1) Erlaß 3.41; für Einzelfälle, z.B. Berufswechsler und früher Selbständige, vgl KRANZ-HUBBERT (a.a.O., § 143 f AVAVG Erl J) und SCHWITZ (a.a.O., DOK 59, S. 563); vgl auch Swg-Anleitung, II, Nr 6, b, bb.

2) Vgl die oben S. 72 FN 1) aufgeführte Literatur.

3) Vgl auch oben S. 50 und unten S. 74/75.

4) So auch Bericht (BABL 62, S. 888) mit Hinweis auf Bemessung des Swg; KRANZ-HUBBERT, a.a.O., § 143 f AVAVG Erl H; DRAEGER-Buchwitz-Schönefelder, a.a.O., § 143 d AVAVG Anm 3; KNOBLÖCH, Bericht, Arbeiterversorgung 62, S. 197; ebenso Swg-Merkblatt A, I, Nr 1 und A, V, Nr 5 f; zum Umfang des Lohnausgleichs vgl § 143 g AVAVG n.F. und a.F. .

5) Zum Rechtsweg vgl unten S. 134 ff.

öffentlichen Rechts ¹⁾ gebraucht. Bei § 143 f I AVAVG spricht nichts für einen abweichenden Begriffsinhalt, da ebenfalls ein kraft Gesetzes zustandekommenes Zwangsverhältnis zwischen BA und Bauarbeiter besteht ²⁾. Der Anspruch auf Swg ist ebenfalls gegen die BA gerichtet ³⁾. Dies ergibt sich aus § 143 I II, 1 AVAVG. - Infolgedessen besteht auf das Swg bei Vorliegen der Voraussetzungen ein Rechtsanspruch ⁴⁾; genau gesagt, handelt es sich um ein materielles subjektives öffentliches Recht ⁵⁾, da der Rechtsanspruch des Bauarbeiters auf eine bestimmte Handlung der Verwaltung gerichtet ist, nämlich ihm Swg in bestimmter Höhe je Ausfalltag ⁶⁾ zu gewähren ⁷⁾.

Der Anspruch auf das Swg unterfällt § 93, I AVAVG ⁸⁾, da diese Vorschrift für sämtliche Leistungen des AVAVG gilt. Der Anspruch ist also grundsätzlich unpfändbar, nicht verpfändbar und auch nicht abtret-

-
- 1) Vgl statt vieler GLASS, Die Zulässigkeit des Verzehrs auf Arbeitslösegeld und Arbeitslosenhilfe, Jur. Diss. Erlangen 1959, S. 104 ff.
 - 2) Vgl § 143 d I AVAVG ("in Betrieben...wird gewährt").
 - 3) Allgemeine Meinung; vgl statt vieler KRAUS-HUBBERT, a.a.O., § 143 f AVAVG Erl B.
 - 4) Allgemeine Meinung, jedoch ohne Begründung; vgl statt vieler BT-Drucksache 1240, S. 16; SCHIECKEL, a.a.O., § 143 d AVAVG Anm 2; SCHWIDT, Maßnahmen, IVSS-Bulletin 60, S. 186; KNOPLOCH, Erfolgreicher Winterbau, ArbSozPol 62, S. 354 ff (360).
 - 5) Vgl die Übersichten über die Definitionen des subjektiven öffentlichen Rechts bei FORTHOF (a.a.O., S. 171, FN 1) und FUEER I (S. 681/682); vgl auch VON TUREGG-KRAUS, a.a.O., S. 163 mit FN 2).
 - 6) Vgl § 143 g AVAVG; daher ist das Swg keine wiederkehrende Leistung; vgl hierzu HAUERSEN, Anliegen, BABl 62, S. 1014.
 - 7) KRAUS-HUBBERT (a.a.O., § 143 f AVAVG Erl B), DRAEGER-Buchwitz-Schönefelder (a.a.O., § 143 f AVAVG Anm 8), ferner das auf S. 73 FN 4) genannte Schrifttum gehen ebenfalls -zumeist ohne Begründung- vom öffentlichrechtlichen Charakter des Anspruchs aus.
 - 8) Davon gehen auch Draeger-Buchwitz-Schönefelder (a.a.O., § 143 I AVAVG Anm 25) aus, ebenso Erlaß 5.20.

bar, und damit höchstpersönlicher Natur ¹⁾.

Der Anspruch des Bauarbeiters ist im besonderen geprägt durch zwei Grenzen ²⁾. Einmal kann dieses Recht nur innerhalb der Swz entstehen ³⁾, aber dann an jedem Tag erneut, zum andern unterliegt der Bestand dieses Rechts mittelbar der Ausschußfrist des § 143 I, II, 2 AVAVG ⁴⁾.

2.) Ruhen des Anspruchs ⁵⁾.

Der Begriff des "Ruhens" im AVAVG ist ein anderer als der in der RVO ⁶⁾. Das Ruhen des Anspruchs im AVAVG bedeutet, daß er kraft Gesetzes von dem Nichteintritt bzw. dem Wegfall des Ruhens abhängig ist, also durch das Ruhen aufschiebend bzw. auflösend bedingt ist, also praktisch eine zeitweilige Hemmung des Anspruchs ⁷⁾, in der RVO hingegen, daß der bestehende Anspruch zeitweilig wegen Vorliegen eines bestimmten Sachverhaltes nicht zu erfüllen ist ⁸⁾.

a) Wegen Ersatzleistungen.

Der Anspruch auf Swg ruht, wenn er mit einem Anspruch auf Krankengeld ⁹⁾ oder Hauspflege zusammentrifft. Dies ergibt sich aus § 143 f, III, 3 AVAVG, der § 77 AVAVG für entsprechend anwendbar erklärt ¹⁰⁾.

1) Vgl allgemein FORSTHOFF, a. a. O., S. 177; JELLINEK, Verwaltungsrecht, 3. Auflage (Neudruck), Offenburg 1948, Nachtrag 1950, S. 213/214; PETERS, Lehrbuch der Verwaltung, Berlin-Göttingen-Heidelberg 1949, S. 148/149, 150; VON TUREGG-KRAUS, a. a. O. S. 113; BACHOF, Rechtsprechung, S. 276/277; vgl aber unten S. 157/158.

2) Beachte ferner § 208 AVAVG.

3) Vgl oben S. 26/27; ähnlich KRANZ-HUBBERT, a. a. O., § 143 a AVAVG Erl C; vgl auch KREBS, a. a. O., § 143 f AVAVG Anm 5.

4) Vgl unten Seite 98 ff (101/102).

5) Vgl § 143 f, III, 3 AVAVG; vgl DRAEGER-Buchwitz-Schönefelder (a. a. O., § 143 f AVAVG Anm 15) und KRANZ-HUBBERT (a. a. O., § 143 f AVAVG Erl I); zum Beginn des Ruhens vgl §§ 190, I AVAVG, 124 RVO.

6) Vgl § 87, V AVAVG im Gegensatz etwa zu § 189 RVO.

7) Vgl Draeger-BUCHWITZ-Schönefelder, a. a. O., Vor § 74 AVAVG Anm 5

8) BSGE 2, 142 ff (147); vgl auch BSGE 7, 181 ff (191)

b) Wegen Entgeltansprüchen.

Zu den Entgeltansprüchen, wegen denen der Anspruch auf Swg gemäß § 143 f III, 3 mit § 96 I AVAVG ¹⁾ ruht ²⁾, gehört auch der Anspruch auf Lohnausgleich nach § 3, Nr 1 LATV ³⁾. Bauarbeitern, die keinen Anspruch auf Lohnausgleich haben, ist daher bei Vorliegen der sonstigen Voraussetzungen in dem Lohnausgleichszeitraum des § 143 d I, Nr 2 AVAVG Swg zu zahlen. Voraussetzung ist dabei jedoch, daß der Ag nach § 3, Nr 4, Abs 1 LATV entschieden hat, daß an diesen Tagen gearbeitet wird. Hat der Ag anders entschieden, so wäre auch bei gutem Wetter nicht gearbeitet worden, es mangelte an der Ausschließlichkeit des Sw ⁴⁾. Es bestünde kein Anspruch auf Swg ⁵⁾.

Freiwillige Zuwendungen des Ag unterfallen § 96 I AVAVG nicht, da der Bauarbeiter auf diese keinen Rechtsanspruch hat ⁶⁾⁷⁾.

-
- 1) Beachte auch die Anzeigelast gemäß §§ 143 I, IV, 188, IV, 1,183 AVAVG und beachte §§ 143 I, IV, 188, IV, 1,175 AVAVG; siehe auch oben S. 51 und 72.
 - 2) Beachte ferner §§ 143 I, IV, 188, IV, 1 AVAVG mit § 183, Nr 2 AVAVG; der Anspruch ruht wegen Entgeltansprüchen auch im Falle einer Arbeitsvermittlung für die Dauer des Arbeitsausfalls in einen anderen Betrieb, dazu Erlaß (3.61) mit unrichtiger Begründung.
 - 3) So auch Erlaß (3.51) und KRANZ-HUBBERT (a.a.O., § 143 f AVAVG Erl L); vgl ferner DRAEGER-Buchwitz-Schönefelder, a.a.O., § 143 f AVAVG Anm 11; vgl ferner oben S.36 und 37.
 - 4) Dieser Konsequenz haben KRANZ-HUBBERT (a.a.O., § 143 f AVAVG Erl C) und Erlaß (3.51) - soweit ersichtlich - keinen Gedanken gewidmet.
 - 5) Zum Lohnanspruch vgl unten S. 128/129; vgl auch BLUMENSAAT-GEERLING-LEBER, a.a.O., S. 196.
 - 6) Im Ergebnis auch Erlaß 3.52; Erlaß II, 4.13, d.
 - 7) Die Regelung in Österreich ist nicht anders, wie aus § 5, III SWEG zu entnehmen ist.

Die Norm des § 97 AVAVG schreibt vor, daß der Anspruch bei Aufgabe von Ansprüchen aus dem Av ruht. Sie gilt auch für das Swg gemäß § 143 f, III, 3 AVAVG.

Das in § 97 AVAVG verankerte Subsidiaritätsprinzip gilt auch bei Aufgabe des Av selbst ¹⁾. Da nämlich diese Vorschrift ihrem Wortlaut nach bereits für jeden einzelnen Anspruch aus dem Av gilt, muß sie um so mehr für sämtliche Ansprüche aus dem Av gelten, soweit deren Nichtgeltendmachung in der Aufgabe des ganzen Av mitenthalten ist. Beispielsweise gilt § 97 nicht nur, wenn der An seinen Anspruch auf Lohn, Urlaubsgeld oder auf Schadensersatz wegen Verletzung der Pflichten aus dem Av durch den Ag aufgibt ²⁾, sondern auch, wenn Ag und An das Av durch Vertrag "unter Verzicht auf die Kündigungsfrist" beenden ³⁾.

Gemäß §§ 143 f, III, 3, 97 AVAVG ruht der Anspruch auf Swg in dem Umfange der Zeit und der Höhe nach, indem er andernfalls nicht hätte entstehen können, längstens jedoch für zwölf Tage. Als Beispiel sei genannt, daß der An einen Anspruch gegen den Ag auf Schadensersatz nicht geltend macht oder aufgibt. Dann ruht ab diesem Zeitpunkt sein Anspruch auf Swg bei Sw, längstens jedoch während zwölf Tagen ab Aufgabe oder Nichtgeltendmachung. Diese zwölf Tage sind daher der äußerste Zeitraum des Ruhens, selbst wenn während dieser Zeit kein Sw eintritt ⁴⁾.

1) AA. Draeger-BUCHWITZ-Schönefelder, a. a. O., § 97 AVAVG Anm 3.

2) Dies geschieht dadurch, daß der An seinem Ag die Schuld durch Vertrag erläßt. Wegen § 4, IV, 1 TVG ist dies so wieso nur für Rechte möglich, die nicht auf Tarifvertrag beruhen.

3) A. A. Draeger-BUCHWITZ-Schönefelder, a. a. O., § 97 AVAVG Anm 3.

4) Vgl auch KREBS (a. a. O., § 143 f AVAVG Anm 49) und KRANZ-HUBBERT (a. a. O., § 143 f AVAVG Erl L).

3.) Versagung des Anspruchs.

Bei pflichtwidrigem Handeln des Bauarbeiters versagen § 143 f, IV AVAVG und teilweise § 143 f, V AVAVG mit ihren Verweisungen das Swg ¹⁾.

a) Verweigerung der Zwischenarbeit.

Die Vorschriften des § 143 f, IV AVAVG und des § 143 g, IV AVAVG n.F. gehen davon aus, daß ein Bauarbeiter zugleich in mehreren Av stehen kann ²⁾. - Ein Bezieher von Swg wird in eine andere Arbeit erst vermittelt, nachdem sein Ag vorher unterrichtet wurde. Der Zustimmung des Ag bedarf es jedoch nicht. Die Vermittlung wird nur mit dem Vorbehalt gegenüber dem 2. Ag durchgeführt, daß dieser mit einem Rückruf durch den 1. Ag rechnen müsse, wenn die Arbeit auf der Baustelle wieder aufgenommen wird ³⁾.

In § 143 f, IV AVAVG wird auf § 78 AVAVG verwiesen, damit auch auf § 78, II, 2 AVAVG. Diese Vorschrift ist erschöpfend und eindeutig ⁴⁾. Arbeitsaufgabe ist nach § 143 f, IV AVAVG mit § 80 AVAVG zusätzlich aus wichtigem Grund zulässig. Die Bezieher von Swg sind nur in diesem Rahmen berechtigt, die Aufnahme von Zwischenarbeit abzulehnen. Eine andere Auslegung läßt § 143 f, IV AVAVG ("sind anzuwenden") nicht zu. Außerhalb der §§ 78, II, 2, 80 AVAVG liegende

1) Zu § 84 AVAVG vgl oben S.53/54; vgl ferner §§ 143 1, IV, 188, IV, 1 AVAVG mit § 178 AVAVG; vgl auch Erlaß 3.64 .

2) Zur Zulässigkeit dieses Nebeneinanders vgl statt vieler HENNIG, Bedeutung, ABA 60, S. 84.

3) Vgl Swg-Richtlinien III, Nr 9 (Abs 2); vgl Erlaß 3.62; gleiches empfehlen KRANZ-HUBBERT, a.a.O., § 143 f AVAVG Erl M; auch der Bericht (BABl 62, S. 892) geht stillschweigend davon aus, daß diese vor Inkrafttreten der neuen Richtlinien und des neuen Erlasses auch geübte Praxis richtig ist.

4) Vgl BSG, Urteil vom 22. 11. 1960, abgedruckt im DBI C, § 78 AVAVG, Nr 655 b (Leitsatz). Ein berechtigter Grund, die Arbeit abzulehnen, liegt danach nur vor, wenn die Arbeit dem Arbeitslosen nach seinem körperlichen oder geistigen Leistungsvermögen nicht zugemutet werden kann oder ihm die künftige Ausübung seiner bisherigen Tätigkeit wesentlich erschweren würde.

Gründe, die Arbeit zu verweigern oder aufzugeben, können nicht anerkannt werden ¹⁾.

Nicht immer wird dem Bezieher von Swg nach § 78 II, 2 AVAVG die künftige Ausübung seiner bisherigen überwiezenden Tätigkeit wesentlich erschwert, wenn die Aufnahme einer Zwischenarbeit oder deren Fortsetzung das bisherige Av auflösen würden ²⁾. Insbesondere hat der Bezieher von Swg keinen berechtigten oder wichtigen Grund, die Arbeit an einem ihm zugewiesenen unbefristeten Dauerarbeitsplatz aufzugeben oder überhaupt nicht anzunehmen. Die Zeit zwischen Wiederaufnahme der Arbeit auf der Baustelle, deshalb erfolgter Kündigung des Zweitarbeitsverhältnisses durch den Bauarbeiter und dem Ende dieses Zwischenarbeitsverhältnisses ist nur kurz. Sie reicht nicht, um die Bauarbeitertätigkeit wesentlich zu erschweren, ist also kein berechtigter Grund im Sinne des § 78 II, 2 AVAVG. Die sonstigen Voraussetzungen dieser Bestimmung, nämlich Verfügbarkeit und berechtigte Aussicht, wieder eingestellt zu werden ³⁾, wären in aller Regel gegeben. Will der Bauarbeiter, der Swg bezieht, vermeiden, daß dieses versagt wird, muß er die Arbeit auf jedem ihm vermittelten Arbeitsplatz aufnehmen ⁴⁾⁵⁾. Ein konkretes Angebot be-

1) Gleicher Ansicht BRODHUN-STRIPPEL-HENNIG, a.a.O., § 143 f AVAVG Anm 12; a.A.: DRAEGER-Buchwitz-Schönefelder (a.a.O., § 143 f AVAVG Anm 18), KREBS (a.a.O., § 143 f AVAVG Anm 13 und 49), HENNIG (Bedeutung, ABA 60, S. 84), MUSA (Fortbestand, ArbUR, S. 334, FN 15), der HENNIG zustimmt; im Ergebnis a.A. auch KRANZ-HUBBERT (a.a.O., § 143 f AVAVG Erl M) und HUBBERT (Vor-schriften, SozSich 59, S. 231).

2) Richtig das in FN 1) als abweichend zitierte Schrifttum; unrichtig HENNIG, wie FN 1).

3) Vgl LSG Berlin, Urteil vom 30.8.1960, abgedruckt im DBI C, § 188 AVAVG, Nr 670; vgl ferner Draeger-BUCHWITZ-Schönefelder, a.a.O., § 78 AVAVG Anm 27.

4) Sinngemäß richtig Erlaß 3.62, Abs 2; zweifelnd HEMPEL-MANN, a. a. O., ABA 59, S. 268; vermittelnd BRODHUN-STRIPPEL-HENNIG, a. a. O., § 143 f AVAVG Anm 12; unrichtig GERLAND, a. a. O., S. 26; a. A. HENNIG (Bedeutung, ABA 60, S. 84) ohne Begründung; a. A. ferner Bericht (BABl 62, S. 892), der anscheinend für erforderlich hält, daß der Ag der Umsetzung zustimmt.

5) Ähnlich, aber enger § 5, II SWEG; vgl dazu HOFMANN, a. a. O., S. 68/69.

fristeter, zumeist tageweiser Arbeit, ist dadurch nicht ausgeschlossen. Dies kann bei längerem Sw durchaus Bedeutung gewinnen ¹⁾. Die Bereitschaft der AÄ, Zweitarbeitsverhältnisse für Swg-Bezieher zu vermitteln, ist seit 1.11.1963 gestiegen ²⁾, da die AÄ nunmehr klare Anweisungen haben ³⁾. Dem Ziel der §§ 143 a bis 143 n AVAVG ⁴⁾ wird dadurch kein Abbruch getan, da die Bauarbeiter für den Ag des Erstarbeitsverhältnisses verfügbar bleiben, es sei denn, daß das Zweitarbeitsverhältnis in aller Regel dazu führen würde, daß das Av mit dem Ag des Baubetriebs aufgelöst wird, was wegen des Schutzes der Bauarbeiter gegen Kündigungen aus Witterungsgründen ⁵⁾ unwahrscheinlich ist.

b) Sonstige Gründe der Versagung.

Sonstige Fälle, in denen das Swg zu versagen ist, sind in § 143 f V AVAVG mit §§ 98, 99 AVAVG geregelt ⁶⁾. Unterläßt der Bezieher von Swg ihm vorgeschriebene Meldungen beim AA, so ist ihm nach Maßgabe des § 98 AVAVG das Swg zu versagen. Die Verweisung auf diese Norm dient dazu, daß sich der Bezieher von Swg meldet, wenn ihm dies vorgeschrieben wird, damit das AA prüfen kann, ob der wegen Sw pausierende Bauarbeiter nicht anderweitig vermittelt werden kann ⁷⁾. - Das Swg kann dem Bauarbeiter

1) Ähnlich HENNIG, Bedeutung, ABA 60, S. 85; vgl auch LAA-Bericht, III/1 und Erlaß 3.62, Abs 4.

2) Vgl für die Zeit vorher statt vieler Bericht(BABl 62, S. 892); kritisch Erfahrungsbericht II, S. 13.

3) Swg-Richtlinien III, Nr 9 (in Kraft ab 1.11.1963) schreiben vor, daß der Bezieher von Swg vorübergehend in andere zumutbare Arbeit vermittelt werden soll, wenn die Arbeit auf den Baustellen seines Ag wegen Sw voraussichtlich nicht wieder in absehbarer Zeit aufgenommen werden kann und geeignete offene Stellen gemeldet sind; dabei werden §§ 36, 39 AVAVG beachtet; vgl auch Erlaß 3.62.

4) Vgl oben S. 13/14.

5) Vgl oben S. 33 ff.

6) Ausführlich KRANZ-HUBBERT, a.a.O., § 143 f AVAVG Erl M.

7) Vgl Swg-Richtlinien III, Nr 8; vgl Draeger-BUCHWITZ-Schönefelder (a.a.O., § 179 AVAVG Anm 3), KRANZ-HUBBERT (a. a. O., § 143 l AVAVG-Erl N) und Erlaß (3.63); zum Erfolg kritisch Erfahrungsbericht II, S. 13.

außerdem nach Maßgabe des § 99 AVAVG versagt werden, wenn er vorsätzlich oder grob fahrlässig Ermittlungen der BA vereitelt; das Swg kann dem Bauarbeiter ferner versagt werden, wenn keine Vergütungsbescheinigungen seines zweiten Ag vorliegt. Die Anwendbarkeit dieser Norm ermöglicht also, daß das AA ermitteln kann, ob der An nicht aus einer sonstigen Tätigkeit Lohn erhält oder ihm z.B. Krankengeld zugebilligt wird ¹⁾. - Diese Fälle der Versagung des Swg sind für die Praxis und als Grundlage dogmatischer Erkenntnisse bedeutungslos, so daß eine nähere Erörterung dahinstehen kann.

4.) Überleitung des Anspruchs durch Dritte.

Durch § 143 f V AVAVG mit § 94 AVAVG soll verhindert werden, daß andere öffentlichrechtliche Leistungen, z. B. Sozialhilfe oder Ausgleichsrente, mit Verweisung auf den Anspruch auf Swg verweigert werden oder daß der Bauarbeiter neben diesen Leistungen auch noch Swg erhält ²⁾. Die leistende Stelle kann durch schriftliche Anzeige an das AA bewirken, daß der Anspruch auf Swg zum Ersatz der Leistungen auf sie übergeht, die nicht gewährt worden wären, wenn das Swg rechtzeitig bewilligt worden wäre. Dies ist z.B. der Fall, wenn Sozialhilfe gewährt werden muß, weil der Anspruch auf Swg vor den SG geltend gemacht werden muß und sich die Auszahlung des Swg deshalb verzögert ³⁾. - Der Erstattungsanspruch ist im Einzelfall nur sehr selten realisierbar, ⁴⁾ weil das Swg nur tageweise gewährt wird. Es kann daher davon abgesehen werden, den damit zusammenhängenden Problemen nachzugehen.

1) Vgl ferner §§ 212, 217 AVAVG.

2) Vgl KRANZ-HUBBERT, a.a.O., § 143 f AVAVG Erl M.

3) Ebenso DRAEGER-Buchwitz-Schönefelder, a.a.O., § 143 f AVAVG Anm 19.

4) Ähnlich DRAEGER-Buchwitz-Schönefelder, a.a.O., § 143 f AVAVG Anm 19.

D R I T T E S K A P I T E L

D a s V e r f a h r e n d e r G e w ä h r u n g v o n S w g

Die verfahrensrechtlichen Bestimmungen der Gewährung von Swg sind in § 143 I AVAVG eingeordnet ¹⁾. Dies ergeben insbesondere § 143 I, II und IV AVAVG. Das Verfahren ist weithin dem der Lohnausfallvergütung nachgebildet ²⁾.

Dies zeigt vor allem die allgemeine Verweisung in § 143 I IV AVAVG. - Wären die verfahrensrechtlichen Bestimmungen unmittelbar hinter § 143 f AVAVG eingeordnet worden, so wäre der Zusammenhang mit den Voraussetzungen des Anspruchs auf Swg besser gewahrt worden.

A) Anzeige, Antrag und Stellungnahme.

Der Ag und die Betriebsvertretung sind verpflichtet, Sw anzuzeigen und Swg zu beantragen, eine Stellungnahme wird nur von der Betriebsvertretung abgegeben ³⁾.

I.) Die Anzeige des Arbeitsausfalls wegen Sw.

1.) Rechtsnatur der Anzeige.

- a) Materielle oder formelle Voraussetzung des Anspruchs auf Swg.

Aus § 143 e I, Nr 3 AVAVG kann gefolgert werden, daß die Anzeige des Arbeitsausfalls nicht einen bereits bestehenden Anspruch auf Swg auslöst, sondern diesen erst mitbegründet.- Durch die Anzeige wird nicht bereits das Feststellungsverfahren über das subjektive öffentliche Recht auf Swg einge-

1) Wie oben S. 10 FN 1); abwegig LÜCKEHE, Die Stellung des Betriebsrates im Verfahren vor den Sozialgerichten, BB 62, S. 227.

2) Richtig DRAEGER-Buchwitz-Schönefelder, a.a.O., § 143 I AVAVG Anm 2; ähnlich WERDERMANN, a.a.O., KVg 59, S. 279; vgl aber oben S. 18.

3) Zu den Erstattem und ihre Verpflichtung vgl unten S.107 ff.

leitet. Dies geschieht erst durch den Antrag, wie § 143 I, II, 1 AVAVG ergibt. Der Anspruch auf Swg entsteht damit nur dann, wenn u. a. die Anzeige erstattet wurde. Sie ist folglich materielle Voraussetzung des Anspruchsrechts¹⁾. Dabei kann unter "Anzeige" nur eine nach Inhalt und zeitlicher Begrenzung wirksame Anzeige verstanden werden, die auch von sonstigen Mängeln frei ist.

Die Anzeige enthält jedoch auch die Bitte, die Ansicht des AA über das Vorliegen von Sw mitzuteilen. Die Anzeige hat folglich ferner formellen Charakter²⁾. Da sie den Antrag nicht ersetzen oder überflüssig machen kann³⁾, bleibt dieser formelle Charakter wirkungslos.

Wie ihre Stellung im Gesetz ergibt, ist die Anzeige eine betriebliche Voraussetzung⁴⁾. Der Arbeitsausfall muß also nicht für jeden Bauarbeiter, sondern für jede Baustelle angezeigt werden. Aus dieser Rechtsnatur ergibt sich somit

-
- 1) Im Ergebnis auch: BSG, ABA 65, S. 47; Bayerisches LSG, Amtsblatt vom 1. 11. 1964 Nr 21, Rechtsprechung Nr 751; LSG Rheinland-Pfalz, Urteile vom 26. 6. 64, Az: L 3 Ar 30/63, L 3 Ar 10/63; LSG Schleswig-Holstein, ABA 64, S. 141/142; KREBS, a. a. O., § 143 I AVAVG Anm 2; HEMPELMANN, a. a. O., ABA 59, S. 267; DRAEGER-Buchwitz-Schönefelder, a. a. O., § 143 e AVAVG Anm 12; KRANZ-HUBBERT, a. a. O., § 143 f AVAVG Erl D; BRODHUN-STRIPPEL-HENNIG, a. a. O., § 143 e AVAVG Anm 4; Erlaß 2. 31; ferner SG Gelsenkirchen (Urteil vom 15. 11. 1961), abgedruckt im DBL C, § 143 e AVAVG, Nr 816 a; wohl auch SCHIECKEL, a. a. O., 143 I AVAVG Anm 1; HOPPE (Die Anzeige von Arbeitsausfall im Bereich der Schlechtwettergeldregelung/ § 143 e Abs. 1 Nr. 3 AVAVG) gegen HENNIG (Anzeige, ABA 64, S. 174/175).
 - 2) Die in FN 1) aufgeführte Literatur und Rechtsprechung ziehen diesen Schluß nicht.
 - 3) Ebenso SCHIECKEL, a. a. O., § 143 I AVAVG Anm 3; KREBS, a. a. O., § 143 I AVAVG Anm 2.
 - 4) Vgl zur Begründung oben S. 37 mit FN 5); vgl oben S. 61/62.

als notwendiger Inhalt der Anzeige ¹⁾, daß es ausreicht, wenn sie Grund und Tag des Arbeitsausfalls, Betrieb und Bezeichnung der Baustelle enthält ²⁾.

b) Einordnung in allgemeine Schemata.

Die Anzeige ist nach ihrem Inhalt eine Mitteilung an das AA über eine Arbeitsniederlegung aus Witterungsgründen, also die Äußerung des Wissens über einen Vorgang. Die Rechtswirkung der Anzeige wird durch § 143 e, I, Nr 3 AVAVG bestimmt, nicht durch den Inhalt des Willens des Anzeigenden. Eine bestimmte Rechtsfolge muß deshalb nicht gewollt sein. Insbesondere muß die Anzeige nicht auf die Erlangung des Swg durch bestimmte An gerichtet sein, zumal die vom Arbeitsausfall betroffenen An weder namentlich noch der Zahl nach in der Anzeige anzugeben sind. Die Anzeige ist also keine öffentlich-rechtliche Willenserklärung ³⁾, sondern eine geschäftsähnliche Handlung, eine öffentlich-rechtliche Wissensmitteilung ⁴⁾. Auf diese finden jedoch im öffentlichen Recht die Vorschriften über

-
- 1) Ähnlich KRANZ-HUBBERT, a. a. O., § 143 1 AVAVG Erl B.
 - 2) Ohne Begründung auch Erlaß 8.20; a. A. DRAEGER-Buchwitz-Schönefelder (a. a. O., § 143 1 AVAVG Anm 11) und KRANZ-HUBBERT (a. a. O., § 143 1 AVAVG Erl B), die die Forderungen der Swg-Richtlinien I, Nr 1, Abs 1 übernehmen, wobei sie verkennen, daß diese das Gesetz nicht verschärfen können; vgl hierzu unten S. 96/97.
 - 3) Vgl dazu KÜCHENHOFF, Die öffentlich-rechtliche Willenserklärung der Privatperson, in "Verfassung und Verwaltung in Theorie und Wirklichkeit", Festschrift für Wilhelm LAFORET, München 1952, S. 317 ff (319, 320); JELLINEK, a. a. O., S. 240, 241; PETERS, a. a. O., S. 156/157; WOLFF, a. a. O., S. 191/192, 148.
 - 4) Sinngemäß ebenso: DRAEGER-Buchwitz-Schönefelder, a. a. O., § 143 e AVAVG Anm 12; HENNIG, Anzeige, ABA 64, S. 174; HOPPE, a. a. O., ABA 64, S. 279.

Willenserklärungen entsprechende Anwendung, ebenso im Zivilrecht ¹⁾.

Die Anzeige ist einseitig und amtsempfangsbedürftig, wie aus § 143 e, I, Nr 3 AVAVG hervorgeht. Aus den Regeln der §§ 130, I, Nr 1, 130, III BGB, die auch im öffentlichen Recht gelten ²⁾, wird als Zeitpunkt des Wirksamwerdens der Anzeige ihr Zugang entnommen werden können, auch deshalb, weil sich die Anzeige auch in ihrer zeitlichen Begrenzung an die Grundsätze des BGB anlehnt ³⁾.

Ein späterer Widerruf der Anzeige ist nicht möglich, denn dadurch würde dem An die Grundlage seines Anspruchs weggenommen werden ⁴⁾. Außerdem besteht eine Pflicht des Ag bzw. der Betriebsvertretung zur Anzeige ⁵⁾.

Eine Anfechtung der Anzeige erscheint jedoch zulässig ⁶⁾. - Die oben angeführten Grundsätze gelten auch für Erklärungen unter Anwesenden, z. B. fernmündliche Anzeigen ⁷⁾.

-
- 1) Herrschende Meinung im Zivilrecht; vgl statt vieler ENNECCERUS-Nipperdey, a. a. O., S. 1266; HEFERMEHL in Soergel-Siebert, Bürgerliches Gesetzbuch, Kommentar, 9. Auflage, Stuttgart 1959, Vor § 116 BGB Anm 12; für öffentlichrechtliche Willenserklärungen einschränkend JELLINEK, a. a. O., S. 242.
 - 2) Vgl PETERS, a. a. O., S. 156/157; KÜCHENHOFF, a. a. O., S. 321; JELLINEK, a. a. O., S. 241; VON TUREGG-KRAUS, a. a. O., S. 105.
 - 3) Vgl unten S. 85 ff; ebenso DRAEGER-Buchwitz-Schönefelder, a. a. O., § 143 e AVAVG Anm 12.
 - 4) Im Ergebnis auch KREBS, a. a. O., § 143 e AVAVG Anm 32.
 - 5) Vgl zur Begründung unten S. 111 ff.
 - 6) Vgl allgemein KÜCHENHOFF, a. a. O., S 321; VON TUREGG-KRAUS, a. a. O., S. 105/106; allgemein ähnlich PETERS, a. a. O., S. 156/157; einschränkend JELLINEK, a. a. O., S. 241; WOLFF, a. a. O., S. 248.
 - 7) Vgl für das bürgerliche Recht Palandt-DANCKELMANN, a. a. O., § 130 BGB Anm 1 b; KRÜGER-NIELAND in BGB-GRK, a. a. O., § 130 BGB Anm 18; beachte aber unten S. 87/88.

2.) Form und Inhalt.

Nach § 143 I, 1 AVAVG muß die Anzeige "erstattet" werden, sie bedarf daher keiner Form ¹⁾. Am besten ist, telefonisch anzuzeigen ²⁾, weil so das AA am raschesten benachrichtigt werden kann und damit die Unverzüglichkeit der Anzeige ³⁾ am sichersten gewahrt wird.

Der notwendige Inhalt der Anzeige wurde bereits dargelegt ⁴⁾. Für mehrere Baustellen innerhalb eines AA-Bezirks genügt auch, daß nur einmal angezeigt wird ⁵⁾, weil auch dadurch der mit der zeitlichen Grenze für die Abgabe der Anzeige verfolgte Zweck ⁶⁾ erfüllt wird.

3.) Zeitliche Grenze.

Aus § 143 e I, Nr 3 AVAVG ergibt sich, daß die Anzeige für jeden Ausfalltag erneut erstattet werden muß ⁷⁾.

Die Anzeige muß nach § 143 e I, Nr 3 AVAVG "unverzüglich" erfolgen. Die Auslegung dieses Wortes ist für den Bereich des BGB durch § 121 I, 1 BGB vorgeschrieben. Dies kann für die Auslegung in § 143 e I, Nr 3 AVAVG nur ein Hinweis, aber nicht zwingend sein, weshalb es unumgänglich ist, den Sinn dieses Wortes zu überprüfen ⁸⁾.

1) Im Ergebnis auch DRAEGER-Buchwitz-Schönefelder, a.a.O., § 143 I AVAVG Anm 11; KRANZ-HUBBERT, a.a.O., § 143 I AVAVG Erl B; Schreiben II, S. 3; LSG RHEINLAND-Pfalz, a.a.O., HOPPE, (a. a. O., ABA 64, S. 279) und BSG (ABA 65, S. 47) sind a. A.

2) Vgl Erlaß 10.24; zu eng BSG, ABA 65, S. 47.

3) Vgl hierzu unten S. 85 ff.

4) Vgl oben S. 81 ff (82).

5) Im Ergebnis auch Swg-Richtlinien I, Nr 1, Abs 2.

6) Vgl unten S. 85/86.

7) LSG Rheinland-Pfalz (a. a. O.) und Bayerisches LSG (a. a. O.) schließen aus den Worten "tägliche Anzeige", daß die Anzeige noch am Ausfalltag erstattet werden muß!

8) Gleiches gilt z. B. für die Verwendung dieses Wortes in einem TV; vgl hierzu SCHNORR VON CAROLSFELD, Zur Kündigung aus wichtigem Grund, RdA 58, S. 281 ff (282).

Durch das Erfordernis der Unverzüglichkeit soll dem AA die Möglichkeit geboten werden, die Wetterverhältnisse möglichst kurz und damit unverändert nach dem angezeigten Arbeitsausfall überprüfen zu können ¹⁾. Hinzu kommt ein arbeitsmarktpolitischer Grund, nämlich die raschere Vermittlung der freigewordenen An ²⁾. So kann einem etwaigen Mißbrauch des Swg ein Riegel vorgeschoben werden ³⁾. Das ist der Sinn und Zweck dieser Vorschrift. Das Interesse des AA, das auf die Abgabe der Wissenserklärung keinen Einfluß hat, gebietet es, den Zeitraum für die Abgabe möglichst abzukürzen; die Interessenlage ist also der bei der Anfechtung nach §§ 119, 120 BGB in gewissem Sinne ähnlich ⁴⁾. Die Befristung läuft vom Beginn der Arbeitsschicht und des Arbeitsausfalls oder des Abbruchs der Arbeit an, wie § 143 e, III AVAVG erweist ⁵⁾. Eine angemessene Überlegungsfrist kann für den Erstatte generell nur sehr kurz sein, da die Rechtslage unkompliziert ist. In diesem Rahmen steht nichts entgegen, die zur Unverzüglichkeit des § 121, I, 1 BGB entwickelten Grundsätze ⁶⁾ auch hier anzuwenden ^{7), 8), 9)}.

-
- 1) BSG, ABA 65, S. 47; Bayerisches LSG, a. a. O.; LSG Rheinland-Pfalz, a. a. O.; DRAEGER-Buchwitz-Schönefelder, a. a. O., § 143 e AVAVG Anm 14; ähnlich Schreiben II, S. 3.
 - 2) BSG, ABA 65, S. 47; LSG Rheinland-Pfalz a. a. O.
 - 3) Vgl Erlaß 2.13, 2.14, 11.00.
 - 4) Vgl zu dieser Palandt-DANCKELMANN, a. a. O., § 121 BGB Anm 2; KRÜGER-NIELAND, a. a. O., § 121 BGB Anm 4.
 - 5) Vgl oben S. 60; so auch KRANZ-HUBBERT, a. a. O., § 143 e AVAVG Erl D; BSG, ABA 65, S. 47.
 - 6) Vgl Erlaß 2.30; KRÜGER-NIELAND, a. a. O., § 121 BGB Anm 4-10; Palandt-DANCKELMANN, a. a. O., § 121 BGB Anm 3.
 - 7) Im Ergebnis ähnlich: LSG Rheinland-Pfalz, a. a. O.; HENNIG, Anzeige, ABA 64, S. 174; Erlaß 2.30; KRANZ-HUBBERT, wie FN 5); DRAEGER-Buchwitz-Schönefelder, wie FN 1); KREBS, a. a. O., § 143 e AVAVG Anm 30; wohl auch das SG Gelsenkirchen, a. a. O.; andeutungsweise auch ENDERLEIN, Schlechtwettergeld, Arbeitskammer 60, S. 27; zweifelnd HOPPE, a. a. O., ABA 64, S. 279.
 - 8) Auch die Unverzüglichkeit des § 31 AVAVG wird im Sinne des § 121, I, 1 BGB ausgelegt; vgl dazu KREBS, a. a. O., § 31 AVAVG Anm 5; Draeger-Buchwitz-SCHÖNEFELDER, a. a. O., § 31 AVAVG Anm 5.
 - 9) Auch kann z. B. schuldhaftes Zögern bei der Überlegung durch umso raschere Übermittlung ausgeglichen werden, nur insgesamt muß "Unverzüglichkeit" zu bejahen sein; a. A.: BSG ABA 65, S. 47, das im Ergebnis "unverzüglich" als "sofort" auslegt; Bayerisches LSG, Amtsblatt vom 1.4.65, Nr 7, Rechtsprechung Nr 771 (Urteil vom 20.1.1965).

Aus § 121 I, 1 und 2 BGB kann hier der Schluß gezogen werden, daß die Anzeige ohne schuldhaftes Zögern abgesandt werden muß, nachdem der Anzeigeberechtigte weiß, daß die Arbeit niedergelegt worden ist. Es muß - anders ausgedrückt - festgestellt werden, worauf sich hier bei schuldhaftem Zögern die Schuld bezieht: Es handelt sich um den Vorwurf, daß der Anzeiger das Interesse des AA an einer möglichst raschen Information über den Arbeitsausfall nicht genügend berücksichtigt habe ¹⁾. Auf den Zeitpunkt des Wirksamwerdens der Anzeige ²⁾ kommt es bei diesen Mitteilungen unter Abwesenden nicht an. Hat der Anzeiger die Anzeige rechtzeitig abgesandt, so muß das AA Swg gewähren, auch wenn es die Anzeige nicht erhalten hat. Somit geht auch verzögerte Zustellung einer schriftlichen Anzeige, z.B. durch Postbedienstete, nicht zu Lasten des Erstatters der Anzeige ³⁾.

Die Norm des § 121 I, 2 BGB gilt jedoch nicht für Erklärungen unter Anwesenden. Hierzu zählen Erklärungen durch Fernsprecher ⁴⁾, so daß telefonisches Nichterreichen des AA zu Lasten des Anzeigers gehen müßte ⁵⁾. Dem steht jedoch einmal entgegen, daß die Anzeige keine privatrechtliche Willenserklärung, sondern eine öffentlichrechtliche Wissensmitteilung ist, für die dieser Grundsatz - wie ausgeführt - nur entsprechend gelten kann. Daß telefonisches Nichterreichen zu Lasten des Anzeigers gehen soll, wirkt hier vor allem deshalb etwas gekünstelt, weil das AA zu meist ziemlich weit von der Baustelle entfernt ist. Es muß daher genügen für eine unverzügliche Anzeige, daß der Anzeigende das AA brieflich vom Arbeitsausfall benachrichtigt, nachdem er das AA telefonisch vergeblich zu erreichen versucht hat. ⁶⁾ Dies ist dann eine Erklärung unter

1) Vgl für die Schuld bei unverzüglicher Kündigung SCHNORR VON CAROLSFELD (Zur Kündigung aus wichtigem Grund, RdA 58, S. 281 ff/282).

2) Vgl oben S. 84.

3) Im Ergebnis auch DRAEGER-Buchwitz-Schönefelder (a.a.O., § 143 e AVAVG Anm 14) und KREBS, (a. a. O., § 143 e AVAVG Anm 33); andeutungsweise auch LSG Rheinland-Pfalz, a. a. O.

4) Vgl etwa Palandt-DANCKELMANN, a. a. O., § 130 BGB Anm 1 b.

5) Für das BGB vgl KRÜGER-NIELAND, a. a. O., § 121 BGB Anm 11.

6) Ebenso LSG Rheinland-Pfalz, a. a. O.; Bayerisches LSG, a. a. O., Nr. 771.

Abwesenden, die ohne schuldhaftes Zögern erfolgte. Kommt erst nach mehrmaligem vergeblichen Anruf eine Verbindung zustande, so wirkt das Zugehen der Anzeige auf die Zeit des ersten, vergeblichen Telefonanrufes zurück ¹⁾.

In der Regel wird die Unverzüglichkeit verneint werden können, wenn die telefonische Anzeige am Ausfalltag so spät einläuft, daß die Mitteilung des AA hierüber ²⁾ und eine etwaige Kontrolle erst am nächsten Tag erfolgen können ³⁾. Der Einzelfall kann jedoch eine solche Anzeige als rechtzeitig erstattet ausweisen ⁴⁾. Dies gilt vor allem für schriftliche, durch die Post zugestellte Anzeigen ⁵⁾.

Die Auslegung des Begriffs der Unverzüglichkeit ist auch davon abhängig, ob der Ag oder die Betriebsvertretung anzeigt. Das Entstehen des bereits erwähnten Anzeigerechts der Betriebsvertretung wird durch § 143 I, 2 davon abhängig gemacht, daß der Ag die Anzeige nicht ohne schuldhaftes Zögern erstattet hat. Dies ist eine Rechtsbedingung ⁶⁾. Die Verzögerung zwischen Beginn des Arbeitsausfalls oder Beginn des Abbruchs der Arbeit und der unverzüglichen Feststellung durch die Betriebsvertretung, daß der Ag die Anzeige nicht unverzüglich erstattet hat, hat die Betriebsvertretung nicht zu vertreten. Hat die Betriebsvertretung schuldhaftes Zögern des Ag festgestellt, so hat sie selbst den Arbeitsausfall unverzüglich anzuzeigen. Die Unverzüglichkeit des § 143 e I, Nr 3 AVAVG

1) Vgl etwa Palandt-DANCKELMANN, a. a. O., § 130 BGB Anm 2.

2) Vgl unten S. 119 und 120.

3) Grundsätzlich ebenso: BSG, ABA 65, S. 47; LSG Rheinland-Pfalz, a. a. O.; Bayerisches LSG, a. a. O.; Erlaß 10.24; Swg-Richtlinien I, Nr 2, 1; HOPPE, a. a. O., ABA 64, S. 280; wohl auch HEMPELMANN, a. a. O., ABA 59, S. 267; a. A.: PULLER, a. a. O., KVG 60, S. 51; HENNIG, Anzeige, ABA 64, S. 174.

4) Wohl auch: Erlaß 10.27; Swg-Richtlinien I, Nr 2, 1; LSG Rheinland-Pfalz, a. a. O.; a. A. BSG, ABA 65, S. 47.

5) Beachte Swg-Richtlinien I, Nr 2, 2; vgl auch LSG Rheinland-Pfalz, a. a. O.; a. A.: BSG, ABA 65, S. 47; HOPPE, a. a. O., ABA 64, S. 281.

6) Vgl allgemein Palandt-DANCKELMANN, a. a. O., Einführung vor § 158 BGB Anm 2; KUHN in BGB-RGRK, 11. Auflage, I. Band, 1. Teil, Berlin 1959, Anm 8 vor § 158 BGB.

umfaßt also schuldhaftes Zögern des Ag, dessen unverzügliche Feststellung durch die Betriebsvertretung und eigenes nicht schuldhaft zögerndes Handeln, falls die Betriebsvertretung anzeigt. Die Unverzüglichkeit des § 143 e I, Nr 3 AVAVG muß folglich verschieden ausgelegt werden, je nachdem, wer die Anzeige erstattete ¹⁾.

Wurde der Arbeitsausfall schuldhaft verzögernd "angezeigt", so kann dies keinen Anspruch auf Swg begründen ²⁾, da die Unverzüglichkeit als Bestandteil einer wirksamen Anzeige ebenfalls materielle Voraussetzung des Anspruchs ist.- Der Schadensersatzanspruch des An gegen den Ag und die Betriebsvertretung bei unterlassener Anzeige bedarf einer gesonderten Darlegung ³⁾.

4.) Zuständigkeit zur Entgegennahme.

Das AA, in dessen Bezirk die Baustelle liegt, ist gemäß § 143 l I, 1 AVAVG zuständig, die Anzeigen entgegenzunehmen. Auch Nebenstellen oder Meldestellen des zuständigen AA erfüllen § 143 l I, 1 AVAVG ⁴⁾. Gleiches gilt für die beim Hauptamt und bei den Nebenstellen bestehenden Annahmestellen; denn diese sind gerade deswegen eingerichtet worden, damit dort die Anzeigen erstattet werden können ⁵⁾. - Für Anzeigen von Kurzarbeit und Stilllegung ist hingegen das AA zuständig, in dessen Bezirk der Betrieb liegt. Dies bestimmt § 188, I, 1 AVAVG. Also wird in § 143 l, I, 1 AVAVG eine Baustelle

1) Andeutungsweise KRANZ-HUBBERT, a.a.O., § 143 l AVAVG Erl C.

2) Erlaß 2.31; SG Gelsenkirchen, a.a.O.

3) Vgl unten S. 111 ff(114 ff).

4) Im Ergebnis auch KRANZ-HUBBERT (a.a.O., § 143 l AVAVG Erl D) und DRAEGER-Buchwitz-Schönefelder (a.a.O., § 143 l AVAVG Anm 4).

5) Vgl Erlaß 10.21.

einem Betrieb gleichgeachtet ¹⁾. Diese Gleichstellung läßt sich nicht durch § 129, I AVAVG erklären, der Betriebsabteilungen den Betrieben gleichstellt. Die Vorschrift gilt jedoch nicht für das Swg, außerdem sind Baustellen nicht einmal Betriebsabteilungen ²⁾. Der Grund der Gleichachtung ist, daß der Arbeitsausfall auf den Baustellen eintreten muß ³⁾. Das AA, das die Anzeige entgegennimmt, kann auch am schnellsten etwaige Baustellenkontrollen durchführen; da die Baustelle, für die Sw angezeigt wird, im Bezirk des AA liegt, das diese Anzeige entgegennimmt, ist dieses AA in aller Regel das der Baustelle am nächsten gelegene AA.

5.) Verzicht.

Das zuständige AA kann nach § 143 e, I, Nr 3 AVAVG auf die tägliche Anzeige des Arbeitsausfalls verzichten. Befugt hierzu ist grundsätzlich nur der Direktor des zuständigen AA ⁴⁾. Verzichtet kann nur werden, wenn zuvor Arbeitsausfall angezeigt wurde ⁵⁾, also für die Zukunft ⁶⁾. Die einzelnen Voraussetzungen werden in den Swg-Richtlinien

1) Ungenau DRAEGER-Buchwitz-Schönefelder, a. a. O., § 143 1 AVAVG Anm 3; weitere Fälle sind in den Swg-Richtlinien II, Nr. 5, Satz 2 und oben S. 25/26 aufgeführt; aus anderen Gesetzen vgl z. B. § 3 BetrVerfG; vgl auch Swg-Merkblatt, B, XI, Nr 26, Abs 2.

2) Vgl DRAEGER-Buchwitz-Schönefelder, a. a. O., § 116 AVAVG Anm 34.

3) Vgl oben S. 54 und 55.

4) Vgl Erlaß 10.13.

5) Daher richtig Erlaß 10.34; richtig auch Bayerisches LSG, a. a. O.

6) Ebenso: Bayerisches LSG, a. a. O.; HOPPE (a. a. O., ABA 64, S. 279/280) aus mehreren, überzeugenden Gründen gegen HENNIG (Anzeige, ABA 64, S. 175).

I, Nr 3 bestimmt 1) 2) 3).

Der Verzicht des AA läßt eine Anspruchsvoraussetzung entfallen, um Verwaltungsarbeit zu ersparen ⁴⁾. Der Verzicht ersetzt kraft Gesetzes die unterbliebene Anzeige ⁵⁾. Damit ist kein Verzicht auf das Erfordernis des Arbeitsausfalls infolge Sw verbunden ⁶⁾. Dies tut § 143 e, I, Nr 3 AVAVG dar. Liegt eindeutig kein Sw vor, so kann trotz Verzichts auf die Anzeige kein Swg gewährt werden ⁷⁾. Der Verzicht wird durch den Eintritt guten Wetters wirkungslos, gleichgültig, ob die Arbeit wieder aufgenommen wird oder nicht und ob dem Ag und der Betriebsvertretung mitgeteilt wird, daß der Verzicht widerrufen wird. Durch die Wiederaufnahme der Arbeit während des Verzichtszeitraums wird der Verzicht aber auch bei zweifelhaftem Wetter wirkungslos, gleichgültig, wie lange die Arbeit fortgeführt wird und ob mitgeteilt wurde, daß der Verzicht widerrufen wird. In diesen Fällen besteht nämlich kein Grund, auf das Schweigen des AA zu vertrauen und dieses Vertrauen zu schützen. -

Wird die Arbeit bei zweifelhaftem Wetter nicht aufgenommen, so muß der Widerruf des Verzichts dem Ag und der Be-

-
- 1) Ab 1. 11. 64 ist der Verzicht auf jeweils längstens 4 Kallendertage zu begrenzen (Swg-Richtlinien Nr 3 letzter Satz); zur Zulässigkeit derlei Vorschriften richtig HOPPE (a. a. O., ABA 64, S. 279) gegen HENNIG (Anzeige, ABA 64, S. 175); vgl zu den Gründen der Neufassung Erfahrungsbericht II, S. 12 und zur rechtlichen Wirkung der Swg-Richtlinien unten S. 96/97.
 - 2) Swg-Richtlinien I, Nr 4 wurde ab 1. 11. 63 als überflüssig ersatzlos gestrichen.
 - 3) Der bis 31. 10. 63 geltenden Fassung zustimmend KRANZ-HUBBERT, a. a. O., § 143 I AVAVG Erl E.
 - 4) So auch Erlaß 10.31; vgl auch BT-Drucksache 1240, S. 16; richtig HOPPE (wie FN 1), aber S. 277) gegen HENNIG (wie FN 1), aber S. 174/175).
 - 5) Unrichtig HOPPE, a. a. O., ABA 64, S. 277/278, 278/279.
 - 6) Richtig DRAEGER-Buchwitz-Schönefelder (a. a. O., § 143 e AVAVG Anm 13) und KREBS (a. a. O., § 143 e AVAVG Anm 34).
 - 7) Richtig DRAEGER-Buchwitz-Schönefelder (wie FN 6), anders wohl KREBS (wie FN 6).

triebsvertretung mitgeteilt werden, andernfalls muß Swg gewährt werden. Ag und Betriebsvertretung wurden nämlich von dem Verzicht auf eine tägliche Anzeige unterrichtet¹⁾, damit sie nicht weitere Anzeigen erstatten. Das AA hat sich durch den Verzicht nicht der Möglichkeit begeben, das Vorliegen des Sw in Zweifelsfällen nachzuprüfen, denn die Lage ist so zu behandeln, als ob an "Verzichtstagen" die Anzeige jeweils erfolgte. Weil aber auf die Anzeige hin das AA sonst immer seine Ansicht zur Frage des Sw mitteilt²⁾, muß es dies auch hier tun. Das AA muß also mitteilen, daß es den Verzicht widerruft, wenn es bei zweifelhaftem Wetter am "Verzichtstage" Sw verneint³⁾. - Ferner gilt es zu bedenken, daß die Beteiligten auf das Schweigen des AA vertrauen können müssen, indem sie dies als Bestätigung des Fortbestands des Verzichts ansehen. Sonst würde jeder Ag zur Sicherheit auch bei Verzicht den Arbeitsausfall täglich anzeigen, wodurch der Verzicht sinnlos würde. - Stellt das AA daher, z.B. durch eine Baustellenkontrolle innerhalb des Verzichtszeitraums fest, daß kein Sw vorliegt, so muß es dennoch Swg gewähren, wenn das Wetter zweifelhaft war. Zusätzliche Voraussetzung der Gewährung des Swg ist in diesem Falle, daß die Arbeit nicht wieder aufgenommen wurde und daß das AA den Ag und die Betriebsvertretung nicht vom Widerruf des Verzichts in Kenntnis gesetzt hat.

II.) Der Antrag auf Gewährung von Swg.

Antragsverpflichtet sind der Ag und die Betriebsvertretung⁴⁾.

1.) Rechtsnatur des Antrags.

1) Ähnlich Erlaß 10.33; zu weitgehend KREBS, a.a.O., § 143 e AVAVG Anm 31; a.A.: DRAEGER-Buchwitz-Schönefelder (a.a.O., § 143 e AVAVG Anm 13), wohl auch KRANZ-HUBBERT (a.a.O., § 143 I AVAVG Erl E).

2) Vgl hierzu unten S. 119 und 120.

3) Ungenau KREBS, a. a. O., § 143 e AVAVG Anm 35.

4) Vgl hierzu unten S. 107 ff.

a) Materielle oder formelle Voraussetzung des
Anspruchs auf Swg.

Für die Arbeitslosenhilfe ist in § 145 AVAVG und für das Arbeitslosengeld ist in § 74 AVAVG vorausgesetzt, daß ein Antrag gestellt wird, damit die Ansprüche entstehen. Diese Anträge sind daher materielle Anspruchsvoraussetzungen ¹⁾. Während nun für die Anzeige gleiches in § 143 I, Nr 3 AVAVG bestimmt ist ²⁾, heißt es in § 143 I II, 1 AVAVG nur "...Swg wird auf Antrag... gewährt". Der Antrag löst danach nur den bereits bestehenden Anspruch aus. Der Antrag ist die an die BA gerichtete Bitte, das Swg zu bewilligen. Er dient damit nur dazu, das Gewährungsverfahren einzuleiten ³⁾. Er soll einen bereits bestehenden Anspruch realisieren. Der Antrag hat somit nur formelle Bedeutung ⁴⁾ und ist dem Recht des Verwaltungsverfahrens zuzurechnen.

b) Einordnung in allgemeine Schemata.

Der Antrag ist eine einseitige, amtsempfangsbedürftige öffentlichrechtliche Willenserklärung. Dies ist aus § 143 I, II, 1 und 2 AVAVG zu entnehmen, wonach Swg von der BA auf einen eingereichten Antrag hin gewährt wird ⁵⁾. Der Antrag, Swg zu gewähren, kann mit den Anträgen nach der RVO, z. B. auf Leistungen der Krankenversicherung nach § 1551, I RVO, verglichen werden, die ebenfalls als Willenserklärungen charakterisiert werden.

-
- 1) Vgl statt vieler DRAEGER-Buchwitz-Schönefelder, a.a.O., § 145 AVAVG Anm 11; Draeger-BUCHWITZ-Schönefelder, a.a.O., § 74 AVAVG Anm 5; GLASS, a.a.O., S. 74.
 - 2) Vgl oben S. 81 und 82.
 - 3) Sinnleich DRAEGER-Buchwitz-Schönefelder (a.a.O., § 143 I AVAVG Anm 13).
 - 4) Im Ergebnis auch DRAEGER-Buchwitz-Schönefelder, a.a.O., § 143 I AVAVG Anm 13; wohl auch SG Gelsenkirchen, a.a.O.; andeutungsweise auch MUSA, Fortbestand, ArbR 60, S. 334.
 - 5) Vgl allgemein JELLINEK (a.a.O., S. 240), KÜCHENHOFF (a.a.O., S. 318), VON TUREGG-KRAUS (a.a.O., S. 104) und den von diesen als Beispiel für eine öffentlichrechtliche Willenserklärung einer Privatperson gebrachten Antrag an eine Behörde; vgl auch Draeger-BUCHWITZ-Schönefelder (a.a.O., § 170 AVAVG Anm 4) für den Antrag auf Arbeitslosengeld.

Um den Zeitpunkt des Wirksamwerdens zu ermitteln, können wegen der Rechtsnatur des Antrags §§ 130 III, 130 I, 1 BGB herangezogen werden, die auch im öffentlichen Recht gelten ¹⁾. Reichen Ag und Betriebsvertretung Anträge ein, um die gleichen Ansprüche zu realisieren, was nach § 143 I II, 2 und 3 AVAVG theoretisch möglich erscheint, so ist nur der zeitlich früher eingegangene Antrag wirksam, denn dieser hat das Gewährungsverfahren bereits in Gang gesetzt. Schließt sich einer von ihnen dem Antrag des anderen an, so sind dies zwei Willenserklärungen. Der "Anschluß" des Ag muß immer als Antrag ausgelegt werden, der der Betriebsvertretung kann auch eine Stellungnahme ²⁾ sein. Dies ergibt sich daraus, daß einmal das Gesetz keinen "Anschluß" kennt, zum anderen daraus, daß hier der Grundsatz des § 133 BGB entsprechend angewandt werden kann, so daß es nicht auf die Bezeichnung ankommt.

Anträge des Ag und der Betriebsvertretung, die dieselben Ansprüche realisieren wollen, können gleichzeitig eingehen. Wenn ein Antrag unwirksam ist, z.B. inhaltlich zu unbestimmt, so ist er zurückzuweisen, der andere Antrag aber sachlich zu verbescheiden. - Ist der gleichzeitig gestellte "Antrag" der Betriebsvertretung eine Stellungnahme, so ist nur über den Antrag des Ag zu entscheiden. Im übrigen geht bei Gleichzeitigkeit der Antrag des Ag

1) Vgl. JELLINEK, a.a.O., S. 241; PETERS, a.a.O., S. 156¹⁵⁷; KÜCHENHOFF, a.a.O., S. 321; VON TUREGG-KRAUS, a.a.O., S. 105.

2) Vgl. unten S. 103 ff.

dem der Betriebsvertretung vor. Dies ergibt der Sinn des Antragsrechts der Betriebsvertretung, das die Bauarbeiter davor schützen soll, daß sie kein Swg bekommen, weil der Ag es nicht beantragt hat ¹⁾. Da der Antrag des Ag gleichzeitig eingegangen ist, hätte es des Antrags der Betriebsvertretung nicht bedurft, um die Rechte der Bauarbeiter zu wahren. Einer förmlichen Verbescheidung des gleichzeitigen und inhaltsgleichen Antrags der Betriebsvertretung bedarf es daher nicht. Es genügt eine formlose Mitteilung, daß zur selben Zeit ein gleichlautender Antrag des Ag eingegangen sei, über den entschieden werde. Die Lage ist daher so zu behandeln, als ob nur der Ag Antragsteller sei. Nur über seinen Antrag ist also durch Verwaltungsakt ²⁾ zu entscheiden. Dies ist auch geboten, um Doppelarbeit zu vermeiden.

Aus der Rechtsnatur des Antrags ergibt sich auch, daß ein späterer Widerruf des Antrags ist nicht möglich, da dem An die durch den Antrag erlangte Rechtsposition erhalten bleiben muß ³⁾. Da der Antrag, Swg zu ge- und hier keine Sonderregelungen vorhanden sind, ist eine Anfechtung des Antrags entsprechend den allgemeinen Regeln der §§ 119 ff BGB zulässig ⁴⁾.

1) Vgl unten S. 103/104.

2) Vgl unten S. 122 ff.

3) Vgl dazu auch oben S. 84; im Ergebnis auch DRAEGER-Buchwitz-Schönefelder, a.a.O., § 143 I AVAVG Anm 13; a.A. für die im Antrag auf Arbeitslosengeld enthaltene formellrechtliche Geltendmachung des Anspruchs GLASS (a.a.O., S. 66).

4) Vgl allgemein KÜCHENHOFF, a.a.O., S. 321; WOLFF, a.a.O., S. 248; allgemein ähnlich PETERS, a.a.O., S. 156/157; allgemein einschränkend JELLINEK, a.a.O., S. 241; vgl auch Draeger-BUCHWITZ-Schönefelder (a.a.O., § 170 AVAVG Anm 9) für den Antrag auf Arbeitslosengeld.

2.) Form und Inhalt.

Gemäß § 143 I 1, 1 AVAVG muß die Anzeige "erstattet" werden, nach § 143 I II, 2 AVAVG muß der Antrag "eingereicht" werden. Während eine Anzeige auch mündlich erstattet werden kann ¹⁾, kann ein Antrag mündlich nicht "eingereicht" werden, sondern nur schriftlich, wie schon der Sprachgebrauch zeigt. Mit dieser Formulierung erzwingt § 143 I II, 2 AVAVG somit Schriftform des Antrags ²⁾. Dies gilt auch für die Betriebsvertretung, obwohl § 143 I II, 3 AVAVG ³⁾ von "Antragstellung" spricht. Damit soll wohl nur das Wortungetüm "Antrageinreichung" vermieden werden und der Betriebsvertretung das Recht eingeräumt werden, anstelle des Ag unter der dem Ag auferlegten Frist und Form zu handeln. Deshalb ist II, Nr 4 der Swg-Richtlinien, wonach ein Vordruck ⁴⁾ zu verwenden ist ⁵⁾, nur insoweit verbindlich, als Schriftform vorgeschrieben ist ⁶⁾. Über die Schriftform hinaus hat diese Richtlinie bloßen Ordnungscharakter, ohne gesetzlich gedeckt zu sein, so daß nicht erzwnungen werden kann, den Vordruck zu benutzen. Die Swg-Richtlinien sind nur im Rahmen des Gestzes wirksam, können es aber nicht verschärfen ⁷⁾. Soweit sie sich -wie hier- auf das Verfahren beziehen, und nicht Rechtsbegriffe erläutern, sind sie kein materielles Recht, damit auch für die Gerichte nicht

1) Vgl oben S. 78/79.

2) A.A. KRANZ-HUBBERT, a.a.O., § 143 I AVAVG Erl F.

3) Bei DRAEGER- Buchwitz-Schönefelder (a.a.O., § 143 I AVAVG) ist § 143 I II, 3 AVAVG irrtümlich nicht abgedruckt; vgl aber BGBl 59, Teil I, S. 705, BGBl 60, Teil I, S. 833.

4) Dieser Vordruck ist zur Zeit die Swg-Abrechnungsliste.

5) Davon geht auch Erlaß (9.20) aus.

6) A.A. KRANZ-HUBBERT (wie FN 2)) und DRAEGER-Buchwitz- Schönefelder (a.a.O., § 143 I AVAVG Anm 16) zur inhaltsgleichen a.F.

7) Vgl KREBS, a.a.O., § 143 n AVAVG Anm 6 und § 143 I AVAVG Anm 26; vgl ferner KRANZ-HUBBERT, a.a.O., § 143 n AVAVG Erl C in gewissem Widerspruch zu § 143 I AVAVG Erl J.

bindend¹⁾. Da also ein schriftlicher Antrag genügt, ist es nicht notwendig, später noch eine ausgefüllte Swg-Abrechnungsliste einzureichen²⁾. Ein Vermerk über ein Ferngespräch oder eine mündliche Vorsprache ist kein schriftlich "eingereichter" Antrag, ebensowenig eine Erklärung zur Niederschrift³⁾, es sei denn, der Antragsteller unterzeichnet diese Urkunde eigenhändig durch Namensunterschrift (§ 126 I BGB)⁴⁾.

Der gesetzlich nicht vorgeschriebene Inhalt des Antrags wird bestimmt durch seinen Zweck. Die Einzelerfordernisse decken sich mit denen, die die Swg-Abrechnungsliste aufstellt. Es ist daher zwar nicht notwendig, aber einfacher und deshalb zu empfehlen, diesen Vordruck zu verwenden⁵⁾. Da das Swg je Ausfalltag für jeden Bauarbeiter einzeln gezahlt wird⁶⁾, müßte an sich für jeden Bauarbeiter pro Ausfalltag ein Antrag eingereicht werden. Dies erscheint auch durch den Antrag pro Lohnabrechnungszeitraum für alle Bauarbeiter auf Baustellen innerhalb eines AA-Bezirks, wie ihn Swg-Richtlinien II, Nr 4 vorsieht⁷⁾, erfüllt. In diesem Sammelantrag sind nämlich die einzelnen Bauarbeiter namentlich aufgezählt und der Arbeitsausfall in einzelne Ausfalltage und -stunden unterteilt.

-
- 1) Herrscheine Meinung; vgl statt vieler KREBS, Die Richtlinien und ähnliche Vorschriften im AVAVG und ihre Bedeutung für die Rechtsprechung, DOK 59, S. 193 ff (193, 194, 197, 198); BOGS, Zur Selbstbindung der Verwaltung durch allgemeine Verwaltungsvorschriften, SGB 62, S. 129 ff (129 und 130).
 - 2) A.A. Erlaß (9.22) und Schreiben des Präsidenten der BA (vom 26.11.1962 - II a 5 - 7143 1 - 2024/60 - 2208/62) an den Präsidenten des LAA Nordrhein-Westfalen, S. 1.
 - 3) A. A. das in FN 2) als abweichend zitierte Schreiben, aber S. 2.
 - 4) Zu den schriftlichen Anzeigen nach §§ 117, 125 mit § 188 I, 1 AVAVG ebenso Draeger-BUCHWITZ-Schönefelder, a.a.O., § 188 AVAVG Anm 4.
 - 5) Ebenso KRANZ-HUBBERT (a.a.O., § 143 1 AVAVG Erl F), aber mit unrichtiger Begründung.
 - 6) Vgl § 143 g AVAVG n.F. und a.F.
 - 7) In Verbindung mit II, Nr 7 und I, Nr 1, Abs 2 der Swg-Richtlinien; zur Rechtslage vor dem 1.11.63 beachte aber Swg-Richtlinien II, Nr 9 a.F.

3.) Frist.

a) Geltungsbereich.

Durch § 143 I II, 2 AVAVG wird eine Frist von zwei Monaten nach dem Ende der Swz am 31. März gesetzt, in der der Antrag auf Swg eingereicht werden muß. Das Wort "Ausschlußfrist" bedeutet hier, daß der rein objektive Zeitablauf entscheidend ist ¹⁾, nicht die Gründe der Säumnis ²⁾, während es bei der Verwirkung auf längeren Zeitablauf und auf die Umstände des Einzelfalles ankommt ³⁾. Wird die Frist des § 143 I II, 2 AVAVG versäumt, so kann weder nach § 233 ZPO noch nach § 131 RVO oder nach § 67 SGG Wiedereinsetzung in den vorigen Stand gewährt werden ⁴⁾, weil diese Frist nach ihrer Stellung im Gesetz keine prozessuale Verfahrensfrist ist ⁵⁾, sondern eben ein materielles Tatbestandsmoment. Das AVAVG sieht nicht vor, daß die Frist gehemmt oder unterbrochen werden kann ⁶⁾. Hemmungs- oder Unterbrechungsgründe des allgemeinen Verwaltungsrechts gelten ebenfalls nicht. Dies wird durch die Neufassung der Vorschrift durch das 3. ÄndG klargestellt ⁷⁾. Die Frist

1) Im Ergebnis auch REHKER, a.a.O., RdA 61, S. 196; KRANZ-HUBBERT, a.a.O., § 143 I AVAVG Erl F; ferner Schreiben des Präsidenten der BA (vom 26.11.62 - II a 5 - 7143 I - 2024/60 - 2208/62) an den Präsidenten des LAA Nordrhein-Westfalen, S. 1; zur Ausschlußfrist des § 100 AVAVG ebenso Draeger-BUCHWITZ-Schönefelder (a.a.O., § 100 AVAVG Anm 2) und das LSG Berlin (Urteil vom 30.8.1960, abgedruckt im DBL C, § 188 AVAVG, Nr 670).

2) Wie FN 1).

3) Verwirkung wird für das Gebiet des Sozialversicherungsrechts bejaht durch BSGE 7, 1994; für das Gebiet des Verwaltungsrechts vgl statt vieler BACHOF (Rechtsprechung, S. 270/271) und FORSTHOFF (a.a.O., S. 157/158); für das Gebiet des Zivilrechts vgl statt vieler NASTELSKI in BGB-BGRK, 11. Auflage, I. Band, 2. Teil, Berlin 1960, § 242 BGB Anm 197.

4) Im Ergebnis auch: KRANZ-HUBBERT, a.a.O., § 143 I AVAVG Erl F; KREBS, a.a.O., § 143 I AVAVG Anm 1; das in FN 1) zitierte Schreiben, S. 1; SG Gelsenkirchen a.a.O.

5) Vgl unten S. 99 ff.

6) So auch DRAEGER-Buchwitz-Schönefelder, a.a.O., § 143 I AVAVG Anm 17.

7) Vgl unten S. 100; sinngemäß ebenso DRAEGER-Buchwitz-Schönefelder, wie FN 6).

wirkt absolut kraft Gesetzes, weshalb sie von Amts wegen zu beachten ist ¹⁾.

Die zu § 58, I BVG a.F. vom Großen Senat des BSG aufgestellten Grundsätze ²⁾ müssen auf § 143 I, II, 2 AVAVG angewendet werden. Nach § 58, I BVG a. F. war es ausgeschlossen, einen Versorgungsanspruch nach Ablauf einer bestimmten Frist anzumelden. Beide Fristen sind vorprozessual und betreffen einen Leistungsanspruch aus dem Gebiet des Sozialversicherungsrechts. Das BSG bezieht ausdrücklich auch andere Präklusivfristen, z.B. § 100 AVAVG, mit ein, so daß dieser Beschluß eine allgemeine, auch für § 143 I, II, 2 AVAVG gültige Aussage enthält. - Es muß danach im Wege der Auslegung festgestellt werden, welche Fälle vom Ausschluß durch Fristablauf getroffen werden sollen ³⁾. Dies ist abhängig vom Zweck der Ausschußfrist. Sie kann dazu dienen, daß der Anspruch nicht Jahre später geltend gemacht wird, denn es kann dann schwierig werden, den Sachverhalt bzw. das, was der Anspruch voraussetzt, noch festzustellen. Hätte die Frist des § 143 I, II, 2 AVAVG diesen Zweck, so gälte sie nicht, wenn der Antrag nach Fristablauf eingereicht wird, der Sachverhalt, aus dem sich die Erfüllung der Anspruchsvoraussetzungen ergibt, aber noch einwandfrei festgestellt werden kann ⁴⁾. Der

-
- 1) Ähnlich KRANZ-HUBBERT, a.a.O., § 143 I AVAVG Erl F; zu § 100 AVAVG ebenso DRAEGER-BUCHWITZ-SCHÖNEFELDER (a.a.O., § 100 AVAVG Anm 2) und BSGE 14, 246 ff (249).
- 2) Vgl BSGE 14, 246 ff; dieser Beschluß wurde überwiegend zustimmend, vereinzelt enthusiastisch besprochen; vgl hierzu die Nachweise bei HAUEISEN, Anliegen, BABl 62, S. 1016, FN 30).
- 3) Zur Frist des § 58, I BVG a.F. ebenso das BSG (BSGE 14, 246 ff/249) und HAUEISEN (Anliegen, BABl 62, S. 1012 ff/1016).
- 4) Zu § 58, I BVG a.F. ebenso BSGE 14, 246 ff (249).

Frist wären in diesem Falle durch ihre rechtsethische und soziale Funktion Grenzen gesetzt.

Der Grund des Ausschlusses könnte aber auch sein, daß der BA ohne Rücksicht auf den Einzelfall ein ausreichender Überblick über den Umfang der Ansprüche ermöglicht werden soll. Dann hätte die Frist des § 143 I II, 2 AVAVG Ordnungscharakter und träfe sämtliche Fälle, in denen die Frist versäumt wurde ¹⁾..

Die Präklusivfrist für den Antrag auf Swg wurde nicht geschaffen, um Beweisschwierigkeiten auszuräumen. Dazu wäre sie viel zu lang. Diesem Zweck dient vielmehr die unverzügliche Anzeige ²⁾. Die Einmonatsfrist des § 143 I AVAVG a.F. war aus Haushaltsgründen nötig ³⁾, hatte also Ordnungscharakter. Die Neufassung durch das 3. ÄndG vergrößerte diese Frist auf zwei Monate nach dem Ende der Swz am 31. März, damit die Betriebe genügend Zeit zur Abrechnung haben und nicht mehr gezwungen sind, die Anträge in den Wintermonaten zu stellen ⁴⁾. Ein Vergleich der beiden Fassungen des § 143 I AVAVG in Bezug auf die Ausschußfrist ergibt, daß sich an ihrem Charakter nichts geändert hat, sondern daß dieser durch die Neuaufnahme des Wortes "Ausschußfrist" anstelle von "spätestens" noch betont werden sollte. Der Grund, weswegen diese Zweimonatsfrist gesetzt wurde, ist daher, der Verwaltung einen ausreichenden Überblick über die Höhe und Zahl der geltend gemachten Ansprüche zu verschaffen. Deshalb werden sämtliche Fälle, in denen diese Frist für die Einreichung des Antrags auf Swg ungenutzt verstrichen ist, erfaßt ⁵⁾. Damit ist jedoch nicht ausgeschlos-

1) Ebenso BSGE 14, 246 ff (249) zu § 58, I BVG a.F.

2) Vgl oben S. 86.

3) Vgl BT-Drucksache 1240, S. 17; ebenso LÜCKING, a.a.O., BetrR 60, S. 145.

4) Vgl BT-Drucksache 2044 (S. 3) und KRANZ-HUBBERT (a.a.O., § 143 I AVAVG Erl F).

5) KREBS (a.a. O., § 143 I AVAVG Anm 14) folgert aus BSGE 14, 246 ff das Gegenteil! Zweifelnd auch HENNIG, Anzeige, ABA 64, S. 174/175, richtig jedoch Bayerisches LSG, a. a. O., Nr 771.

sen, daß die Grundsätze über die "unzulässige Rechtsausübung" ¹⁾ auch für diese Frist gelten ²⁾.

Die in § 143 I II, 2 AVAVG normierte Zeitgrenze gilt ihrem Sinn nach für alle Erstatte. Für die Betriebsvertretung ergibt sich dies insbesondere aus einem Vergleich zwischen § 143 I I, 2 AVAVG und § 143 I II, 3 AVAVG, denn beim Antrag muß die Betriebsvertretung - im Gegensatz zur Anzeige ³⁾ - nicht abwarten, ob der Ag rechtzeitig tätig wird ⁴⁾.

Der Zeitablauf wird gemäß § 190 I AVAVG in Verbindung mit §§ 124, 125, 127 RVO errechnet ⁵⁾, da das Swg eine Leistung der Arbeitslosenversicherung ist ⁶⁾. Die Zweimonatsfrist endet danach am 31. Mai. Ist dieser ein Sonntag oder ein staatlicher Feiertag, so endet sie am darauffolgenden Werktag.

b) Die Präklusivwirkung.

Wird die Ausschlußfrist nicht gewahrt, so ist das Antragsrecht beseitigt. Damit wird auch der Anspruch auf Swg umgrenzt, denn nach Ablauf der Frist kann der Anspruch auf Swg nicht mehr wirksam geltendgemacht werden, die BA wird gehindert, Swg zu gewähren. Dadurch geht zwar der Anspruch auf Swg nicht unter ⁷⁾, denn er selbst ist der Frist nicht unterworfen, sondern der Antrag. Der fortbestehende Anspruch

1) Zu dieser Rechtsfigur - entgegen der herrschenden Lehre - mit überzeugenden Gründen kritisch SCHNORR VON CARLSFELD, Arbeitsrecht, S. 228.

2) Vgl NIPPERDEY, Fristversäumnis bei Anmeldung von Versorgungsansprüchen, NJW 62, S. 321 ff (322); ebenso für einen Sonderfall - im Ergebnis richtig - BSG (ABA 65, S. 71) gegen Bayerisches LSG (Amtsblatt, 1. 11. 1964, Nr 21, Rechtsprechung, Nr 750).

3) Vgl oben S. 88.

4) A.A. wohl ODENDAHL, a.a.O., ZSR 60, S. 284.

5) Erlaß 9.21; DRAEGER-Buchwitz-Schönefelder, a.a.O., § 143 I AVAVG Anm 17; a.A. KRANZ-HUBBERT, a.a.O., § 143 I AVAVG Erl F.

6) Vgl oben S. 10/11; vgl ferner oben S. 17 und 18.

7) A.A. KRANZ-HUBBERT, a.a.O., § 143 I AVAVG Erl F; noch anders CZICZOR, a.a.O., RdA 60, S. 366.

ist nur nicht mehr realisierbar. Dieser fortbestehende Anspruch hat für den Bauarbeiter allerdings keinen wirtschaftlichen Wert, ebensowenig wie ein erloschener Anspruch.

4.) Zuständigkeit zur Entgegennahme.

Durch Swg-Richtlinien II, Nr 5, Satz 1 wurde von der Möglichkeit des § 143 I II, 2. 2. Halbsatz AVAVG für alle Fälle, in denen die Lohnstelle innerhalb des Geltungsbereichs des AVAVG liegt, Gebrauch gemacht ¹⁾. Der Verwaltungsrat der BA hat nämlich bestimmt, daß der Antrag bei dem AA einzureichen ist, in dessen Bezirk die für die Baustelle zuständige Lohnstelle ihren Sitz hat. Liegt nur die Baustelle innerhalb dieses Bereichs, so läßt es II, Nr 5, Satz 2 Swg-Richtlinien bei der Regelung des § 143 I II, 2, 1. Halbsatz AVAVG bewenden. Hierzu war der Verwaltungsrat der BA gesetzlich besonders ermächtigt, während die allgemeine Rechtsgrundlage der übrigen Swg-Richtlinien § 143 n II, 1 AVAVG ist. Durch die Vorschrift der II, Nr 5, Sätze 1 und 2 der Swg-Richtlinien wurde die Befugnis, materielles Recht zu setzen, ausgeübt, ebenso wie z.B. nach §§ 54, IV, 119 AVAVG ²⁾. Diese Richtlinie ist damit keine im üblichen Sinne ³⁾, sondern als materielles Recht für sämtliche Beteiligten und für die Gerichte bindend ⁴⁾.

Da die Baustelle und Lohnstelle zumeist im gleichen AA-Bezirk liegen, bleibt das AA zuständig, das

1) Im Ergebnis auch Erlaß 9.10; zur inhaltsgleichen früheren Regelung ebenso DRAEGER-Buchwitz-Schönefelder (a.a.O., § 143 I AVAVG Anm 3) und KRANZ-HUBBERT (a.a.O., § 143 I AVAVG Erl F).

2) Vgl Draeger-Buchwitz-SCHÖNEFELDER (a.a.O., § 7 AVAVG Anm 2) und DRAEGER-Buchwitz-Schönefelder (a.a.O., § 119 AVAVG Anm 2) mit weiteren Verweisungen und Nachweisen.

3) Vgl oben S. 96/97.

4) Andeutungsweise Erlaß 9.10.

die Anzeige entgegengenommen hat ¹⁾. Liegen Baustelle und Lohnstelle in verschiedenen AA-Bezirken, so ist für die Anzeige das AA zuständig, in dessen Bezirk die Baustelle liegt, für den Antrag das AA, in dessen Bezirk die Lohnstelle liegt. Diese verschiedene Zuständigkeit kann sich aber nur bei Großfirmen ergeben, deren Lohnstellenüberregional placiert sind. Der Begriff des AA kann daher auch in § 143 I II, 2 AVAVG kein anderer sein als in § 143 I I, 1 AVAVG ²⁾, umfaßt also auch Neben-, Melde- und Annahmestellen ³⁾. - Zu bedenken ist, daß diese Lohnstellen die Unterlagen aufbewahren, die notwendig sind, um die Voraussetzungen der konkreten Zahlungsansprüche der Bauarbeiter nachzuweisen ⁴⁾. Außer - dem können sämtliche Anträge bei einem AA gestellt werden ⁵⁾. Dadurch sind die Anspruchsvoraussetzungen leichter überprüfbar und es kann ihr Bestehen eher nachgewiesen werden. Die Regelung ist also zweckmäßig ⁶⁾.

III.) Stellungnahme.

Die in § 143 I II, 2 AVAVG erwähnte Stellungnahme der Betriebsvertretung bezieht sich auf den Antrag des Ag, denn der Ag hat die Stellungnahme seinem Antrag beizufügen. Die Stellungnahme ist keine materielle Voraussetzung des Anspruchs auf Swg. Darauf deutet einmal hin, daß sie nicht in §§ 143 d, 143 e, 143 f AVAVG normiert ist ⁷⁾. Außerdem wird sie nur zusammen mit dem ebenfalls in § 143 I, II AVAVG geregelten Antrag erwähnt, der nur formelle Voraussetzung ist ⁸⁾. Die Stellungnahme wurde offenbar im Hinblick auf § 2, Nr 5, Abs 3 BRTV geschaffen ⁹⁾.

1) Vgl oben S. 89/90.

2) Im Ergebnis auch DRAEGER-Buchwitz-Schönefelder, a.a.O., § 143 I AVAVG Anm 4.

3) Wie FN 1).

4) Vgl unten S. 148 ff.

5) Vgl oben S. 97.

6) Teilweise a.A. KRANZ-HUBBERT, a.a.O., § 143 I AVAVG Erl F.

7) Vgl oben S. 10 mit FN 1.

8) Vgl oben S. 93.

9) Ähnlich MUSA, Fortbestand, ArbuR 60, S. 331 und 332.

Danach muß sich der Ag erst mit der Betriebsvertretung beraten, bevor er entscheidet, ob die Arbeit einzustellen oder fortzusetzen ist. - Während die Meinungsäußerung der Betriebsvertretung in § 2, Nr 5, Abs 3 BRTV noch als "Beratung" bezeichnet wird, ist sie hier eine bloße Auskunft gegenüber der BA, die in aller Regel den Antrag befürworten wird. Im Bürgerlichen Recht ist eine Auskunft kein Rechtsgeschäft, nicht einmal eine Willenserklärung ¹⁾. Aus dem Ursprung der Stellungnahme und ihrer Stellung im Gesetz ergibt sich, daß sie für den Antrag des Ag und die Gewährung des Swg rechtlich bedeutungslos ist ²⁾. - Vor allem aus der Interessenlage ergibt sich auch die Richtigkeit dieses Schlusses. Der Antrag setzt zu Gunsten der Bauarbeiter das Gewährungsverfahren in Gang, verbessert also ihre Rechtsposition. Die Stellungnahme kann diese Verbesserung höchstens untermauern ³⁾.

1) Vgl DENECKE in BGB - RGRK, II. Band, 1. Teil, 11. Auflage, Berlin 1959, § 676 BGB Anm 1; Palandt-GRAMM, a. a. O., § 676 BGB Anm1; vgl vor allem unten S. 125.

2) Widersprüchlich DRAEGER-Buchwitz-Schönefelder (a. a. O., § 143 I AVAVG Anm 18) und MUSA (Fortbestand, ArbUr 60, S. 331 und 332); KRANZ-HUBBERT (a. a. O., § 143 I AVAVG Erl G) lassen dies dahingestellt; zu eng Erlaß 9.20.

3) Demgegenüber wird durch eine Anzeige nach § 15, I KSchG eine Voraussetzung der Wirksamkeit der Entlassung geschaffen, die Rechtsposition des An also verschlechtert. Daher hat das Erfordernis nach § 15, I KSchG, die Stellungnahme beizufügen, zusammen mit § 66, II BetrVerfG den Sinn, unnötige Entlassungen zu vermeiden oder dabei auftretende Härten zu mildern (zu § 66, II BetrVerfG vgl: MAUS, a. a. O., VI B, S. 320/321; GALPARIN-SIEBERT, Kommentar zum Betriebsverfassungsgesetz, 4. Auflage, Heidelberg 1963, § 66 BetrVerfG Anm 44; DIETZ, a. a. O., § 66 BetrVerfG Anm 25, 26). Also ist die Beifügung der Stellungnahme zum Schutz der Interessen der An nur bei der Anzeige nach § 15, I KSchG notwendig, nicht beim Antrag auf Swg (jedoch wird selbst bei der Anzeige nach § 15, I KSchG teilweise angenommen, daß ihre Wirksamkeit nicht davon abhängt, daß die Stellungnahme beigelegt wurde: so grundsätzlich statt vieler NIKISCH, Arbeitsrecht I, S. 842/843; MAUS, a. a. O., VI b, S. 321 Anm 40; a. A. grundsätzlich HUECK, Kündigungsschutzgesetz, Kommentar, 4. Auflage, München und Berlin 1961, § 15 KSchG Anm 20 mit weiteren Nachweisen).

Daß dem Ag aufgegeben ist, die Stellungnahme der Betriebsvertretung ¹⁾ beizufügen, bezweckt nur, daß ihr erleichtert wird, ihre Ansicht beim zuständigen AA zu Gehör zu bringen ^{2) 3)}. Die Betriebsvertretung kann also ihre Stellungnahme auch selbst einreichen ⁴⁾, jedoch gilt auch hierfür die Ausschußfrist des § 143 I II, 2 AVAVG:

Hat die Betriebsvertretung den Antrag gestellt, so entfällt eine Stellungnahme, da der Ag keinen Antrag gestellt hat ⁵⁾. Eine Äußerung zu ihrem eigenen Antrag ist im Gesetz nicht vorgesehen, weil sie überflüssig wäre.

Aus der Befugnis der Betriebsvertretung, ihre Ansicht darzulegen, ergibt sich keine Verpflichtung ⁶⁾, weil es - wie bereits dargelegt - unschädlich ist, falls sie sich nicht äußert. Allein der Ag hat die Unterlagen über die Anspruchsvoraussetzungen und kann übersehen, ob sie gegeben sind. Die Betriebsvertretung wäre mit einer Stellungnahme dazu, ob einzelne Anspruchsvoraussetzungen erfüllt sind, überfordert, da sie darüber in der Regel nichts weiß. Danach richten sich auch

-
- 1) Falls eine solche besteht; ebenso DRAEGER-Buchwitz-Schönefelder. a.a.O., § 143 I AVAVG Anm 18, KREBS, a.a.O., § 143 I AVAVG Anm 13.
 - 2) Ähnlich MUSA, Fortbestand, ArbUR 60, S. 331 und 332.
 - 3) Den Ag trifft folglich für die Stellungnahme auch keine Nachweispflicht nach §§ 143 I IV, 188. III, 1 AVAVG; dies ergibt sich auch daraus, daß die Stellungnahme keine Voraussetzung des Anspruchs ist, vgl hierzu unten S. 148 ff.
 - 4) Ebenso MUSA, wie FN 2).
 - 5) MUSA (wie FN2), aber S. 332) meint, die Stellungnahme sei im eigenen Antrag miteingeschlossen!
 - 6) Wohl auch ENDERLEIN, Schlechtwettergeld, Arbeitskammer 60, S. 27; a.A.: DRAEGER-Buchwitz-Schönefelder, a.a.O., § 143 I AVAVG Anm 18; MUSA, Fortbestand, ArbUR 60, S. 331 mit FN 4).

SS 143 1 IV, 188 III, 1 AVAVG, die allein dem Ag die Nachweispflicht ¹⁾ aufbürden. In der Praxis wird durch die Unterschrift auf dem Antrag dieser befürwortet; damit ist eine Stellungnahme abgegeben ²⁾. - Eine mündliche Auskunft reicht nicht aus, da sie dem notwendigerweise schriftlichen Antrag ³⁾ nicht "beigefügt" werden kann. ⁴⁾ Damit hat die Betriebsvertretung nicht schriftlich und damit nicht wirksam ihre Ansicht dargelegt, denn die mündliche Stellungnahme ist wegen Formmangels nichtig (§ 125, 1 BGB), sie kann daher nicht als Stellungnahme gewürdigt werden. Dies gilt auch für die selbständig abgegebene Stellungnahme, denn sie muß auch "beigefügt" werden können, nämlich durch das AA, also ebenfalls schriftlich sein.

Weigert sich die Betriebsvertretung, ihre Ansicht zu äußern, so genügt es, wenn der Ag dies dem AA mitteilt ⁵⁾ ⁶⁾. Da die Stellungnahme für das Vorliegen des Anspruchs auf Swg bedeutungslos ist, hat die BA keine Möglichkeit, gemäß §§ 143 1 IV, 188 IV, 1, 176 AVAVG zu ermitteln, warum die Betriebsvertretung keine Erklärung abgegeben hat.

1) Vgl unten S. 149/150.

2) BRODHUN-STRIPPEL-HENNIG, a. a. O., § 143 1 AVAVG Anm 3; die Swg-Abrechnungsliste erheischt zusätzlich die Versicherung, daß kein Antrag für "Stammkräfte" gestellt wurde; a.A. MUSA, Fortbestand, ArbUR 60, S. 331; viel mehr fordern DRAEGER-Buchwitz-Schönefelder (a.a.O., § 143 1 AVAVG Anm 18) und KRANZ-HUBBERT (a.a.O., § 143 1 AVAVG Erl G).

3) Vgl oben S. 96 und 97.

4) Auch die Stellungnahme zur schriftlichen Anzeige nach § 15 I KSchG muß schriftlich sein, vgl MAUS, a.a.O., VI B, S. 321 Anm 40; NIKISCH, Arbeitsrecht I, S. 842; wohl auch HUECK, a.a.O., § 15 KSchG Anm 20.

5) Ebenso KREBS (a.a.O., § 143 1 AVAVG Anm 13) für den Fall, daß sich die Betriebsvertretung weigert; unschlüssig DRAEGER-Buchwitz-Schönefelder, a.a.O., § 143 1 AVAVG Anm 18; irrig KRANZ-HUBBERT (a.a.O., § 143 1 AVAVG Erl G), die meinen, keine Stellungnahme sei auch eine Stellungnahme; a.A. MUSA, wie FN 2), aber S. 332.

6) Zu § 15, I KSchG ebenso HUECK, wie FN 4); ähnlich MAUS, a.a.O., VI B, S. 321/322 Anm 41; vgl auch NIKISCH, Arbeitsrecht I, S. 843 mit FN 14).

- B) Erstatte und Erstattungspllicht bei Anzeige des Arbeitsausfalls wegen Sw und bei Antrag auf Gewährung von Swg.

I.) Die Erstatte.

Nach § 143 I, 1 mit § 143 e I, Nr 3 AVAVG ist der Ag verpflichtet, die Anzeige des Arbeitsausfalls wegen Sw zu erstatten. Nach § 143 I II, 2 AVAVG ist der Ag verpflichtet, den Antrag auf Gewährung des Swg einzureichen. Gemäß § 143 I, 2 AVAVG "kann" die Betriebsvertretung Anzeige erstatten. Sie hat ein Antragsrecht gemäß § 143 I II, 3 AVAVG. Da die Erstatte von Anzeige und Antrag dieselben sind, können sie und ihre Pflichten zusammen abgehandelt werden.

1.) Der Ag und seine Vertreter.

a) Der Begriff des Ag.

Im Arbeitsrecht ist der Ag diejenige natürliche oder juristische Person, der die abhängige Arbeit direkt geschuldet ist ¹⁾.

Die in der Literatur zum Begriff des Ag in § 143 I AVAVG vertretenen Definitionen orientieren sich alle an der Ausprägung, die dieser Begriff im Arbeitsrecht erfahren hat ²⁾. In der Tat deutet hier nichts auf einen abweichenden Begriffssinn hin, weshalb hier die oben angeführte Definition benutzt werden muß.

-
- 1) Vgl SCHNORR VON CAROLSFELD, Arbeitsrecht, S. 26 ff, beachte S. 28 (unter d); nach HUECK-Nipperdey (a.a.O., S. 88 ff) ist Ag, wer einen anderen als An beschäftigt; vgl auch KASKEL-DERSCH (a.a.O., S. 36 ff) und NIKISCH (Arbeitsrecht I, S. 142 ff).
- 2) Vgl KRANZ-HUBBERT, a.a.O., § 143 I AVAVG Erl C: KREBS. a.a.O., § 143 I AVAVG Anm 5; BRODHUN-STRIPPEL-HENNIG, a.a.O., § 143 I AVAVG Anm 1; DRAEGER-Buchwitz-Schönefelder (a.a.O., § 143 I AVAVG Anm 7 und 14) mit Verweisung auf Draeger-Buchwitz-SCHÖNEFELDER (a.a.O., § 37 AVAVG Anm 27 bis 31).

b) Vertretung.

In der Praxis wird die Anzeigepflicht oft durch den Bauleiter oder Polier erfüllt ¹⁾. Da die Anzeige eine öffentlichrechtliche Wissensmitteilung, der Antrag eine öffentlichrechtliche Willenserklärung ist ²⁾, so ist gesetzliche ³⁾ und rechtsgeschäftliche Vertretung möglich und wirksam ⁴⁾, auch kann sich der Ag eines Erklärungsboten bedienen. Der Zweck der Anzeige ⁵⁾ und des Antrags ⁶⁾ ergeben, daß nicht entscheidend ist, wer anzeigt und beantragt, sondern daß angezeigt und beantragt wird. Auf Grund dieser Interessenlage ⁷⁾ erscheint auch eine Untervollmacht zulässig und wirksam ⁸⁾. Auch § 221, II, 1 AVAVG geht ausdrücklich davon aus, daß der Ag Pflichten, die ihm das AVAVG auferlegt, auf einen Betriebsangehörigen übertragen kann. Außerdem kann der Ag bei größeren Betrieben nur auf diese Weise - zumindest was die Anzeigepflicht betrifft - seinen Obliegenheiten gerecht werden.

1) Ähnlich KRANZ-HUBBERT, a.a.O., § 143 I AVAVG Erl C.

2) Vgl oben S. 82/83 und oben S. 93/94.

3) Z.B. "Vertreter kraft Amtes", etwa Konkursverwalter; dieses Beispiel bringen auch KRANZ-HUBBERT (a.a.O., § 143 I AVAVG Erl F).

4) Vgl allgemein VON TUREGG-KRAUS, a.a.O., S. 118 und 119; ohne Begründung ebenso KRANZ-HUBBERT (a.a.O., § 143 I AVAVG Erl C und Erl F), DRAEGER-Buchwitz-Schönefelder (a.a.O., § 143 I AVAVG Anm 7 und 14), KREBS (a.a.O., § 143 I AVAVG Anm 7); davon gehen auch Erlaß (15.70) und die Swg-Abrechnungsliste aus.

5) Vgl oben S. 86.

6) Vgl oben S. 93.

7) Im Zivilrecht ist entscheidend, ob der Vertretene an der persönlichen Wahrnehmung durch den Bevollmächtigten ein erkennbares Interesse hat: vgl z.B. Palandt-DANCKELMANN, a.a.O., § 167 BGB Anm 3 b; ähnlich SCHULTZE-VON LASAULX in Soergel-Siebert, Bürgerliches Gesetzbuch, Kommentar, I. Band, 9. Auflage, Stuttgart 1959, § 167 BGB Anm 36.

8) Für die Anzeige ähnlich KRANZ-HUBBERT (a.a.O., § 143 I AVAVG Erl C) und BRODHUN-STRIPPEL-HENNIG (a.a.O., § 143 I AVAVG Anm 1).

Am zweckmässigsten ist, diese Spezialvollmacht für die ganze Swz im voraus dem zu Bevollmächtigenden durch schriftliche Erklärung zu erteilen ¹⁾.

2.) Die Betriebsvertretung.

a) Begriff der Betriebsvertretung.

In den Betrieben des Baugewerbes ist es wegen der verstreuten Baustellen des gleichen Betriebes besonders schwierig, Betriebsräte zu errichten ²⁾. Nach § 20, III, 1 BetrVerfG mit § 4, Nr 1 und 2 des TV über die Betriebsverfassung in den Betrieben des Baugewerbes vom 30.3.1953, dem nach § 20, III, 2 BetrVerfG zugestimmt wurde ³⁾, wurde als Vertreter der Bauarbeiter die Betriebsvertretung geschaffen ⁴⁾. Nach § 20, III, 4 BetrVerfG hat sie die Pflichten und Befugnisse eines Betriebsrats ⁵⁾.

Gegen die Auslegung des Wortes "Betriebsvertretung" in § 143 I AVAVG nach dem BetrVerfG spricht, daß die Bauarbeiter vertretungsloser Betriebe ⁶⁾ kein Swg erhielten, falls sich der Ag weigert, die Anzeige zu erstatten oder den Antrag einzureichen ⁷⁾. Dies

1) Vgl § 221, II, 1 AVAVG.

2) Vgl statt vieler SCHNORR VON CAROLSFELD, Arbeitsrecht, S. 423; Hueck-NIPPERDEY, a.a.O., S. 756/757; FITTING-KRAEGELOH-AUFFARTH, Betriebsverfassungsgesetz, Kommentar, 6. Auflage, Berlin-Frankfurt 1962, § 20 BetrVerfG Anm 54; DIETZ, a.a.O., § 20 BetrVerfG Anm 34.

3) Vgl BABI 53, S. 198.

4) Dies verkennt ENDERLEIN, Schlechtwettergeld, Arbeitskammer 60, S. 27.

5) Ebenso DRAEGER-Buchwitz-Schönefelder, a.a.O., § 143 I AVAVG Anm 9; GALPARIN-SIEBERT, a.a.O., § 20 BetrVerfG Anm 38; DIETZ, a.a.O., § 20 BetrVerfG Anm 40.

6) Vgl § 8, I BetrVerfG; vgl ferner DRAEGER-Buchwitz-Schönefelder, a.a.O., § 143 I AVAVG Anm 10.

7) Richtig K_RANZ-HUBBERT, a.a.O., § 143 I AVAVG Erl F; vgl aber den unten S. 114 ff dargelegten Schadensersatzanspruch des Bauarbeiters gegen den Ag.

ließe sich aber in jedem Einzelfalle nur vermeiden, wenn man die Befugnisse, die § 143 I, 1 und § 143 I, II, 3 AVAVG der Betriebsvertretung einräumen, auch jedem einzelnen Bauarbeiter zubilligt. Nach geltendem Recht ist jedoch der Bauarbeiter weder anzeige- noch antragsberechtigt ¹⁾. - Bauarbeiter vertretungsloser Betriebe haben auch sonst die Nachteile zu tragen, die sich daraus ergeben, daß es an einer Betriebsvertretung fehlt. Deshalb ist aber -soweit ersichtlich- noch nie erwogen worden, als Betriebsvertretung jeden einzelnen Bauarbeiter oder jede andere Vertretung zu verstehen, die von der Belegschaft ermächtigt worden ist ²⁾. Es muß somit der Begriff der Betriebsvertretung im Sinne des § 20, III BetrVerfG und des oben angeführten TV ausgelegt werden. Folglich haben Bauarbeiter, die keine Betriebsvertretung in diesem Sinne haben, auch keine Betriebsvertretung im Sinne des § 143 I AVAVG ³⁾ ⁴⁾.

b) Vertretung.

Die Vertretung des Betriebsrates und der Betriebs-

-
- 1) So auch DRAEGER-Buchwitz-Schönefelder, a. a. O., § 143 I AVAVG Anm 14 mit Anm 10, § 143 f AVAVG Anm 8; vgl auch unten S. 112.
 - 2) Zu § 143 I AVAVG daher im Ergebnis richtig DRAEGER-Buchwitz-Schönefelder (a. a. O., § 143 I AVAVG Anm 14 mit Anm 10), irrig KRANZ-HUBBERT (a. a. O., § 143 I AVAVG Erl F).
 - 3) Ebenso DRAEGER-Buchwitz-Schönefelder, a. a. O., § 143 I AVAVG Anm 10; a. A.: KRANZ-HUBBERT, wie FN 2); KREBS, a. a. O., § 143 I AVAVG Anm 5, richtig Anm 6.
 - 4) Die Betriebsvertretung ist - ebenso wie der Betriebsrat - nicht rechtsfähig, nicht vermögensfähig und kein selbständiger Verband; vgl zum Betriebsrat: GALPARIN-SIEBERT, a. a. O., Anm 28 vor § 21 BetrVerfG; Hueck-NIPPERDEY, a. a. O., S. 697; DIETZ, a. a. O., Vb zu § 6 BetrVerfG Anm 8; teils einschränkend SCHNORR VON CAROLSFELD, Arbeitsrecht, S. 417 und 418; vgl auch FITTING-KRAEGELOH-AUFFARTH, a. a. O., § 32 BetrVerfG Anm 17 mit weiteren Nachweisen.

vertretung ist in § 27 II BetrVerfG niedergelegt. Die Führung der laufenden Geschäfte durch den Betriebsausschuß kommt ganz abgesehen von den Sonderregelungen des oben angeführten TV- wegen § 9, I BetrVerfG in den zumeist zahlenmäßig kleineren Baubetrieben nach § 28 BetrVerfG nicht vor. Bei mehrstufigen Betriebsvertretungen können durch TV die Zuständigkeiten zur Wahrnehmung der gesetzlichen Aufgaben verteilt werden ¹⁾. Werden einzelne Mitglieder der Betriebsvertretung betraut, Sw anzuzeigen und Swg zu beantragen, so sind sie, da sie in aller Regel als selbständig Handelnde auftreten werden ²⁾, Vertreter, nicht reine Übermittler fremden Willens ³⁾. Eine Vertretung der Betriebsvertretung durch dritte Personen ist wegen § 27 II BetrVerfG nicht möglich ⁴⁾.

II.) Verpflichtung zur Erstattung.

1.) Verpflichtung des Ag.

Der Ag ist gemäß § 143 I 1, 1 mit § 143 e I, Nr 3 AVAVG verpflichtet, den Arbeitsausfall anzuzeigen⁵⁾. Nach § 143 I II, 2 AVAVG muß er das Swg beantragen. Diese gesetzlichen

1) Ebenso FITTING-KRÄGGELOH-AUFFARTH, a.a.O., § 20 BetrVerfG Anm 64; zu eng DRAEGER-Buchwitz-Schönefelder, a.a.O., § 143 I AVAVG Anm 9 mit Anm 14; für den Betriebsrat vgl: SCHNORR VON CAROLSFELD, Arbeitsrecht, S. 434; FITTING-KRÄGGELOH-AUFFARTH, a.a.O., § 28 BetrVerfG Anm 28; ähnlich allgemein Hueck-NIPPERDEY, a.a.O., S. 809.

2) Für das Gebiet des Zivilrechts sieht z.B. Palandt-DANCKELMANN (a.a.O., Einführung vor § 164 BGB Anm 2) dies als entscheidend an für die Abgrenzung zwischen Erklärungsboten und Vertreter, während z.B. KUHN (a.a.O., Anm 21 vor § 164 BGB) auch das Innenverhältnis berücksichtigt.

3) So unrichtig wohl DRAEGER-Buchwitz-Schönefelder, a.a.O., § 143 I AVAVG Anm 14 mit Anm 9.

4) A. A.: KRANZ-HUBBERT (a. a. O., § 143 I AVAVG Erl C) in Bezug auf die Anzeige, jedoch ohne Begründung.

5) Unrichtig GERLAND, a.a.O., S.24 mit FN 2).

Verpflichtungen ¹⁾ sind spezielle, gesetzlich geregelte öffentlichrechtliche Pflichten, die aber neben ihrer öffentlichrechtlichen Funktion auch den Inhalt der arbeitsrechtlichen Fürsorgepflicht näher bestimmen und ausgestalten ²⁾. Durch diese Normen wird dem Ag auferlegt, Befugnisse wahrzunehmen, die an sich dem Bauarbeiter zustehen müßten, damit dieser eine Voraussetzung seines Anspruchs schaffen und diesen realisieren kann. Durch die Verpflichtung des Ag werden die Einzelrechte einer Vielzahl von Bauarbeitern in jeweils einer Hand vereinigt und erzwungen, daß diese Rechte ausgeübt werden ³⁾. Dadurch gehen Anzeigen und Anträge beim AA rascher ein und können eher bearbeitet werden.

2.) Verpflichtung der Betriebsvertretung.

Der Betriebsvertretung wird durch § 143 I, 1, 2 und § 143 I, II, 3 AVAVG ein selbständiges, eigenes Anzeige- und Antragsrecht in die Hand gegeben, ohne daß diese Normen vorschreiben, daß sie diese Rechte wahrnehmen muß ⁴⁾. **Dadurch sollen die Bauarbeiter geschützt und das Verfahren vereinfacht werden ⁵⁾.** -

Gegenüber dieser isolierten Betrachtungsweise ist aber zu bedenken, daß die Betriebsvertretung nach § 20, III, 4 mit § 54, I, b BetrVerfG darüber zu wachen hat, daß sämtliche Vorschriften durchgeführt

1) So auch KRANZ-HUBBERT, a.a.O., § 143 I AVAVG Erl F; DRAEGER-Buchwitz-Schönefelder, a.a.O., § 143 I AVAVG Anm 14 mit Anm 7.

2) Wohl auch DRAEGER-Buchwitz-Schönefelder wie FN 1); zu weiteren Pflichten vgl unten S. 148 ff; für ähnliche Fälle ebenso: SCHNORR VON CAROLSFELD, Arbeitsrecht, S. 261, S. 264; HUECK-Nipperdey, a. a. O., S. 143, S. 409/410; NIKISCH, Arbeitsrecht I, S. 472 mit weiteren Nachweisen; vgl ferner KASKEL-DERSCH, a. a. O., S. 191/192; für die Nichtzahlung von Sozialversicherungsbeiträgen vgl HUECK-Nipperdey (a. a. O., S. 411 mit FN 72), ähnlich CASSELMANN (Die Haftung des Arbeitgebers für nichtordnungsgemäße Zahlung von Sozialversicherungsbeiträgen, AR-Blattei, Haftung des Arbeitgebers IV, B, III).

4) Richtig DRAEGER-Buchwitz-Schönefelder, a.a.O., § 143 I AVAVG Anm 14 mit Anm 8.

5) Vgl auch oben S. 112; vgl auch unten S. 113; teils ebenso KRANZ-HUBBERT, a. a. O., § 143 I AVAVG Erl F.

werden, die zugunsten der Bauarbeiter wirken ¹⁾. Hierunter fallen auch § 143 I 1, 1 und II, 1 mit 2 AVAVG²⁾; denn diese Vorschriften haben zum Ziele, daß das Swg an die anspruchsberechtigten Bauarbeiter ausbezahlt wird.

Um ihre Aufgabe erfüllen zu können, hat die Betriebsvertretung die Rechte aus § 54 II BetrVerfG mit § 20 III, 4 BetrVerfG. Diese Befugnisse ermöglichen es der Betriebsvertretung jedoch nicht in ausreichendem Maße, zu überwachen, daß die Ansprüche auf Swg entstehen und geltendgemacht werden. Vor allem die Überprüfung der Unverzüglichkeit der Anzeige des Az kann nur aufgrund erheblich umfangreicher Rechte wirksam kontrolliert werden. Daraus erhellt, daß das Anzeigerecht und das Antragsrecht der Betriebsvertretung dazu eingefügt wurden, daß sie ihrer Fürsorgepflicht nach § 54 I, b mit § 20 III, 4 BetrVerfG besser nachkommen kann. Von diesen über die Befugnisse des BetrVerfG hinausgehenden gesetzlichen Spezialrechten ³⁾ muß die Betriebsvertretung deshalb auch Gebrauch machen⁴⁾, falls dies erforderlich wird.

1) Richtig DRAEGER-Buchwitz-Schönefelder, a.a.O., § 143 I AVAVG Anm 14 mit Anm 8; ebenso Hueck-NIPPERDEY, a.a.O., S. 822 mit S. 758; FITTING-KRAEGELOH-AUFFARTH, a.a.O., § 20 BetrVerfG Anm 70 und 63; DIETZ, a.a.O., § 54 BetrVerfG Anm 3.

2) Sehr ähnlich DRAEGER-Buchwitz-Schönefelder, a.a.O., § 143 I AVAVG Anm 14 mit Anm 8.

3) Solche Rechte hält auch MUSA (Fortbestand, ArbUr 60, S. 331 FN 4)) in anderem Zusammenhang für möglich; sogar eine Erweiterung der Beteiligungsrechte durch TV oder Betriebsvereinbarung wird -zumindest im Bereich der sozialen Angelegenheiten- für überwiegend möglich gehalten, vgl hierzu statt vieler: FITTING-KRAEGELOH-AUFFARTH, a.a.O., § 1 Anm 27 bis 30 und die dortigen Verweise; DIETZ, a.a.O., § 1 BetrVerfG Anm 14 bis 14 g mit weiteren Nachweisen; ausführlich NEUMANN-DUESBERG, Betriebsverfassungsrecht, Lehrbuch, 1. Auflage, Berlin 1960, S. 568 ff.

4) Im Ergebnis auch DRAEGER-Buchwitz-Schönefelder, wie FN 1); ähnlich KRANZ-HUBERT, a.a.O., § 143 I AVAVG Erl C; dies verkennen MUSA, wie FN 3) aber S. 331), BRODHUN-STRIPPEN-HENNIG (a. a. O., § 143 I AVAVG Anm 1) und SCHIECKEL (a. a. O., § 143 I AVAVG Anm 2).

In der Praxis spielen Anzeigen und Anträge der Betriebsvertretung nur eine sehr geringe Rolle.

3.) Schadensersatz bei Unterlassung.

Hat der Ag die Anzeige nicht erstattet oder den Antrag nicht eingereicht, so hat er seine rechtlichen Pflichten verletzt. Gleiches gilt, falls die Betriebsvertretung bei diesem Unterlassen des Ag ihrerseits ebenfalls untätig bleibt. Erst durch das pflichtwidrige Verhalten von Ag und Betriebsvertretung erhält der Bauarbeiter kein Swg. Sein dadurch entstandener Vermögensschaden beruht dann allein darauf, falls die übrigen Anspruchsvoraussetzungen gegeben wären.

a) Ersatzanspruch gegen den Ag.

Die Anzeige- und Antragspflicht des Ag ist jeweils -wie ausgeführt- zugleich eine Verpflichtung aus dem Arbeitsverhältnis. Verletzt der Ag diese Pflichten, und hat er dies zu vertreten ¹⁾, so ist er dem Bauarbeiter schadensersatzpflichtig ²⁾. Das bedeutet auch, daß er für seine Vertreter gegenüber dem Bauarbeiter einstehen muß ³⁾. Die Schadensersatzpflicht des Ag läßt sich auch damit begründen, daß der Ag verpflichtet ist, den Lohnausfall des Bauarbeiters bei witterungsbedingtem

1) Vgl zum Begriff des Vertretenmüssens SCHNORR VON CAROLSFELD, Arbeitsrecht, S. 207.

2) Im Ergebnis ähnlich DRAEGER- Buchwitz- Schönefelder, a.a.O., § 143 I AVAVG Anm 7 mit Anm 14; SCHIECKEL, a.a.O., § 143 I AVAVG Anm 1, § 143 f AVAVG Anm 1; MUSA, Fortbestand, ArbUr 60, S. 334; ungenau KRANZ-HUBERT, a.a.O., § 143 f AVAVG Erl B; für ähnliche Fälle ebenso: SCHNORR VON CAROLSFELD, Arbeitsrecht, S. 261, 264; HUECK-Nipperdey, a.a.O., S. 143/144, 409/410; NIKISCH, Arbeitsrecht I, S. 274; KASKEL-DERSCH, a.a.O., S. 191/192; für Nichtzahlung von Sozialversicherungsbeiträgen vgl CASSELMANN (a. a. O., Haftung des Arbeitgebers IV, B, III) und HUECK-Nipperdey (a. a. O., S. 411, FN 72).

3) Vgl die in FN 2) angegebene Literatur aus dem Arbeitsrecht mit Ausnahme von CASSELMANN; andeutungsweise auch MUSA, wie FN 2).

Arbeitsausfall möglichst niedrig zu halten ¹⁾.

Die Höhe des Ersatzanspruchs ergibt sich aus der Höhe des nunmehr fiktiven Anspruchs auf Swg ²⁾, denn der Ag hat durch sein Verhalten den Bezug des Swg vereitelt.

Gleiches gilt im Ergebnis, wenn der Arbeitsausfall durch den Ag mitverursacht worden ist und deshalb kein Anspruch auf Swg besteht ³⁾. Die Höhe des Schadensersatzanspruches ergibt sich hier jedoch aus der Höhe des entgangenen Lohnes, denn die Arbeit wäre möglich gewesen, der Ag ist in Annahmeverzug geraten ⁴⁾. Jedoch muß § 254 BGB zu Lasten des Bauarbeiters, z.B. bei fehlender Schutzkleidung, sofern er diese selbst zu stellen hat, entsprechend gelten ⁵⁾.

Die Normen über die Anzeige- und Antragspflicht des Ag sind Schutzgesetze im Sinne des § 823, II BGB ⁶⁾. Die Vorschrift des § 143 I AVAVG bezweckt nämlich, daß der Anspruch des Bauarbeiters entsteht und geltend gemacht wird ⁷⁾, hat also Schutzcharakter ⁸⁾. -

1) Vgl HUECK-Nipperdey, a. a. O., S. 413.

2) Richtig MUSA, Fortbestand, ArbUR 60, S. 334, aber in Widerspruch zu S. 332.

3) Vgl oben S. 47 ff, insbesondere S. 49/50.

4) Das unten S. 127 ff Gesagte gilt hier entsprechend.

5) Ebenso für ähnlich Fälle HUECK-Nipperdey, a. a. O., S. 408; NIKISCH, Arbeitsrecht I, S. 472; für die nicht ordnungsgemäße Zahlung von Sozialversicherungsbeiträgen ebenso CASSELMANN (a. a. O., Haftungs des Arbeitgebers IV, B, V) und HUECK-Nipperdey (a. a. O., S. 411 mit FN 72 a).

6) Andeutungsweise anders DRAEGER-Buchwitz-Schönefelder, a. a. O., § 143 I AVAVG Anm 8 mit Anm 14.

7) Vgl oben S. 112/113, 111/112.

8) Ebenso allgemein zu den Sozialversicherungsgesetzen BAG AP Nr 1 zu § 823 BGB Schutzgesetz; vgl auch HUECK-Nipperdey, a. a. O., S. 411 FN 70); richtig schon SCHNORR VON CARLSFELD, Arbeitsrecht, S. 205; vgl für andere Einzelfälle denselben (in Anm zu BAG AP Nr 8 zu § 198 BGB) und BAG AP Nr 2, 3, 4 zu § 823 BGB Schutzgesetz, Nr 3 mit Anm von HUECK, Nr 4 mit richtiger Anm von BRACKMANN.

Werden die dem Ag hier obliegenden Pflichten mehrfach verletzt, so hat der Bauarbeiter deshalb neben dem Recht der ordentlichen Kündigung ¹⁾ ein Kündigungsrecht aus § 124 a GewO innerhalb der Swz ²⁾, das ebenfalls nicht unter den Ausschluß der Kündigungen aus Witterungsgründen ³⁾ fällt, weil er wegen positiver Vertragsverletzung des Ag kündigt. Die Vorschrift des § 124, I, Nr 4 GewO greift nicht ein, da das Swg kein Lohn ist, den der Ag schuldig ist ⁴⁾.

b) Ersatzanspruch gegen die Betriebsvertretung.

Eines näheren Eingehens hierauf bedarf es nicht. Einmal wird wegen der rechtlichen Eigentümlichkeiten der Betriebsvertretung ⁵⁾ eine Haftung des Kollegiums oder der einzelnen Mitglieder nur sehr einschränkend zu bejahen sein ⁶⁾. Hinzu kommt, daß - wie ausgeführt - der Ag ausdrücklich nach § 143 I, 1 AVAVG ⁷⁾, die Betriebsvertretung nur durch Rückgriff auf ihre Fürsorgepflicht nach § 54 I, b BetrVerfG ⁸⁾ verpflichtet ist, anzuzeigen und zu beantragen. Nach der Stärke und Unmittelbarkeit der gesetzlichen Verpflichtung muß sich hier auch die Haftung richten ⁹⁾.

1) Vgl oben S. 34 ff(34).

2) Zur Begründung vgl oben S. 68/69.

3) Vgl oben S. 34 ff.

4) A.A. wohl MUSA, Fortbestand, ArbUR 60, S. 334

5) Vgl oben S. 110.

6) Die Haftung des Betriebsrates bejahen: SCHNORR VON CAROLSFELD, Arbeitsrecht, S. 419; NEUMANN-DUESBERG, a.a.O., S. 340 ff; einschränkend GALPARIN-SIEBERT, a.a.O., Vb vor § 21 BetrVerfG Anm 28 ff; die Haftung des Betriebsrates verneinen: GRAMM, Rechtsnatur und Haftung des Betriebsrats, AR-Blattei, Betriebsverfassung VII, B, I und III 3 b; DIETZ, a.a.O., Vb zu § 6 BetrVerfG Anm 8, 11, 12; Hueck-NIPPERDEY, a.a.O., S. 699; die Rechtsprechung war bislang bei Annahme einer Haftung des Betriebsrats oder einzelner Mitglieder sehr zurückhaltend, wie die Übersicht bei GALPARIN-SIEBERT (a.a.O., Vb vor § 21 BetrVerfG Anm 29 b) ausweist.

7) Vgl oben S. 111/112.

8) Vgl oben S. 112 ff.

9) Bei grobem Verstoß könnte jedoch von § 23, I (mit § 20, III) BetrVerfG Gebrauch gemacht werden.

Es erscheint deshalb vertretbar, den Ag allein gegenüber den An haften zu lassen, wenn der Arbeitsausfall nicht unverzüglich angezeigt wurde oder Swg nicht beantragt wurde. Da zudem die Rechtsprechung, wie ausgeführt, nur sehr einschränkend bejaht, daß der Betriebsrat überhaupt haftbar gemacht werden kann, soll im folgenden von der Alleinhaftung des Ag ausgegangen werden, was auch der Praxis entspricht.

c) Rechtsweg.

Die Ansprüche des Bauarbeiters gegen den Ag auf Schadensersatz für das entgangene Swg gründen sich darauf, daß der Ag eine oder mehrere seiner speziellen Fürsorgepflichten verletzt hat ¹⁾. Diese setzen aber, wie § 143 f, II AVAVG ergibt, ebenso wie die allgemeine Fürsorgepflicht, ein bestehendes Av - ein faktisches Av genügt - voraus ²⁾. Die Schadensersatzpflicht des Ag hat daher ihren Ursprung im Av, sie erwächst aus dem Av ³⁾. Auf diese wirkliche Natur des Rechtsverhältnisses, aus dem der Anspruch hergeleitet wird, kommt es allein an ⁴⁾. Klagt der Bauarbeiter gegen den Ag auf Ersatz des entgangenen Swg, so sind daher nach § 2, I, Nr 2 ArbGG die Arbeitsgerichte ausschließlich zuständig ⁵⁾.

1) Vgl oben S. 114/115.; vgl auch SCHNORR VON CAROLSFELD, Arbeitsrecht, S. 460 mit FN 2).

2) Vgl oben S. 66/67, 13 ff (15).

3) Vgl allgemein statt vieler SCHNORR VON CAROLSFELD, wie FN 1); GROS, Zuständigkeit, AR-Blattei, Arbeitsgerichtsbarkeit V,B,I,2.b.aa; HUECK-Nipperdey, a.a.O., S. 918, S. 918 mit FN 24).

4) Vgl statt vieler SCHNORR VON CAROLSFELD, Arbeitsrecht, S. 466 mit FN 2), FN 3); GROS, wie FN 3), aber Arbeitsgerichtsbarkeit V,B,I,2,b.

5) Im Ergebnis auch SCHIECKEL, a.a.O., § 143 f AVAVG Anm 1; vgl auch HUECK-Nipperdey, a.a.O., S. 916/917, 918/919.

C) Die Entscheidungen über Anzeige, Antrag und ihre Anfechtung.

I.) Entscheidung über die Anzeige.

1.) Grundlagen.

Für die täglich zu treffende allgemeine Entscheidung, ob Sw vorliegt, sind die amtlichen Wettervorhersagen bedeutsam ¹⁾. Auch Auskünfte der Staatshochbauämter, Gewerbeaufsichtsämter, von Sachverständigen aus den Reihen der Sozialpartner und der Ag sind heranzuziehen ²⁾. Diese allgemeine Entscheidung kann für verschiedene Teilräume des AA-Bezirks und für bestimmte Arbeiten unterschiedlich sein ³⁾. Sie wird im allgemeinen von dem Direktor des AA für seinen Bezirk getroffen werden müssen ⁴⁾, der dann veranlaßt, daß unverzüglich die Annahmestellen unterrichtet werden, die mit der Entgegennahme der Anzeigen beauftragt sind ⁵⁾. Diese Stellen sind an die tägliche allgemeine Entscheidung grundsätzlich gebunden ⁶⁾.

Im Einzelfall ist dennoch oft eine genaue Kenntnis der Baustelle unerläßlich ⁷⁾, insbesondere während der Übergangszeit und an Tagen mit zweifelhafter Witterung ⁸⁾.

1) Vgl im einzelnen Erlaß 10.11 und 10.12, Erlaß II, 10.03.

2) Vgl Erlaß 10.14; MUSA (Fortbestand, ArbSt 60, S. 332) verkennt, daß der Direktor des AA letztlich entscheidet bzw. sonstige Angehörige der BA, nicht aber des Gewerbeaufsichtsamtes.

3) Vgl im einzelnen Erlaß 10.13, 10.15.

4) Ebenso DRAEGER-Buchwitz-Schönefelder, a.a.O., § 143 e AVAVG Anm 4; vgl ferner wie FN 3).

5) Vgl Erlaß 10.15 (Abs 4).

6) Die Ausnahme, die Erlaß 10.16 zuläßt, ist in der Praxis bedeutungslos.

7) Vgl oben S. 39 und 40.

8) Vgl im einzelnen Erlaß 2.13, 2.14, 2.15, 11.10, 11.20; beachte auch den Erlaß des Bundesministers für Arbeit und Sozialordnung (III c 2/6450/59 vom 23.12.1959), auszugsweise abgedruckt bei KRANZ-HUBBERT, a.a.O., S.217/218, beachte auch Erlaß II, 2.04, d.

Abweichende Entscheidungen können daher regelmäßig erst nach einer Baustellenbesichtigung getroffen werden.

2.) Verpflichtung zur Erklärung.

Die AA sind gesetzlich nicht verpflichtet, dem Anzeigenden mitzuteilen, ob im Einzelfall Arbeitsausfall wegen Sw anerkannt wird und ob bejaht wird, daß die Anzeige unverzüglich erstattet wurde. Über §§ 143 I, IV, 188, IV, 1 AVAVG findet auch § 177 AVAVG Anwendung. Diese Vorschrift sieht jedoch eine Entscheidung über die Anzeige nicht vor, sondern nur über den Antrag. Als Rechtsgrundlage käme allein § 188, I, 3 AVAVG in Betracht, falls diese Vorschrift entsprechend anwendbar ist. Die Vorschrift des § 143 I, IV AVAVG verweist jedoch nur auf § 188, III bis V AVAVG. Die Norm des § 188, I, 3 AVAVG ist daher weder direkt noch sinngemäß auf die "Entscheidung" über die Anzeige des Arbeitsausfalls anwendbar ¹⁾. Somit fehlt eine rechtliche Basis zum Erlass eines Verwaltungsaktes ²⁾. Alle Verwaltungsakte müssen aber auf eine besondere Rechtsgrundlage gestützt sein ³⁾. Weder ist es daher möglich, rechtmäßig einen Verwaltungsakt zu erlassen, der dem Anspruch auf Swg dem Grunde nach stattgibt und so eine Anwartschaft auf diese Leistung begründet ⁴⁾, noch kann rechtmäßig ein Verwaltungsakt ergehen, der Sw oder Unverzüglichkeit als Voraussetzung des Swg anerkennt oder ablehnt ⁵⁾. Der Verwaltungsakt wäre gesetzlos und daher immer aufhebbar ⁶⁾.

1) Ebenso KREBS, a.a.O., § 143 e AVAVG Anm 43.

2) Ebenso KREBS, wie FN 1); andeutungsweise auch SG Gelsenkirchen, a.a.O.

3) KREBS, wie FN 1); vgl allgemein ebenso FORSTHOFF, a.a.O., S. 225; Mang-Maunz-Mayer-OBERMAYER, a. a. O., S. 177 ff; VON TUREGG-KRAUS (a. a. O., S. 143) sinngemäß ebenso, denn sie verneinen nur, daß der gesetzlose Verwaltungsakt nichtig sei.

4) A.A. SG Gelsenkirchen, a.a.O.

5) A.A. Erlass 10.17, 10.18, 10.27.

6) Richtig KREBS, a.a.O., § 143 e AVAVG Anm 43; allgemein ebenso FORSTHOFF (a.a.O., S. 206) und Mang-Maunz-Mayer-OBERMAYER (a.a.O., S. 183) im Einklang mit der im Verwaltungsrecht herrschenden Lehre.

Gegenüber dieser isolierten Betrachtungsweise ist aber zu bedenken, daß Ag und An wissen müssen, woran sie sind ¹⁾. In der Praxis ist die Verwaltung durch den Erlaß (10.17 mit 10.24, nicht aber 10.27) verpflichtet, sich zu äußern. Wie sie sich äußern muß, wird später näher erörtert ²⁾. Abgesehen davon wird man aus § 143 e I, Nr 3 AVAVG ein "mobile officium" der Annahmestellen ableiten können, dem Anzeigenden die Ansicht des AA zu eröffnen³⁾ und zwar ebenfalls unverzüglich ⁴⁾. Allein die unverzügliche Anzeige und die unverzügliche eindeutige Mitteilung des AA schaffen zwischen den Beteiligten die notwendige Klarheit ⁵⁾. - Diese Auskunft wird mißverständlich auch als "Vorentscheidung" ⁶⁾ oder als "Zwischenbescheid" ⁷⁾ bezeichnet. Ob Swg gewährt wird, ist jedoch nicht davon abhängig, daß das AA, nachdem angezeigt wurde, Sw anerkennt, da eine förmliche Entscheidung - wie dargelegt - gesetzlich nicht geboten ist ⁸⁾. Dies ist ein wesentlicher Unterschied zum Bescheid nach § 188 I, 3 AVAVG, der sich darüber ausspricht, ob die Gewährung von Lohnausfall^{vergütung} dem Grunde nach zulässig ist.

Ob Swg gewährt werden muß, wenn Sw irrtümlich anerkannt wurde, ist ein anderes, gesondert zu behandelndes Problem ⁹⁾.

-
- 1) Auch die Finanzämter sind auskunftspflichtig; es soll sogar normiert werden, daß diese - allerdings kostenpflichtigen - Auskünfte bindend sind.
 - 2) Vgl unten S. 121.
 - 3) Ähnlich KRANZ-HUBBERT, a.a.O., § 143 e AVAVG Erl D; hiervon geht auch Bericht (BABl 62, S. 890) aus; bei klaren Fällen im Ergebnis auch KREBS, a.a.O., § 143 e AVAVG Anm 36; HEMPELMANN (a.a.O., ABA 59, S. 267) meint, daß die Ansicht des AA nur unter dem Vorbehalt mitgeteilt werden dürfe, daß sich das Wetter nicht ändere!
 - 4) Im Ergebnis auch: KRANZ-HUBBERT, wie FN 3); KREBS, wie FN 3).
 - 5) Richtig Erlaß 10.24; vgl auch Bericht, BABl 62, S. 890.
 - 6) HEMPELMANN, wie FN 3); Erlaß 10.17.
 - 7) SG Gelsenkirchen, a.a.O.
 - 8) Davon geht auch Bericht (BABl 62, S. 890) aus.
 - 9) Vgl dazu die Ausführungen unten S. 122 ff.

3.) Rechtsnatur der Mitteilung.

Hat das AA über die Anzeige einen Verwaltungsakt erlassen, so ist dieser immer fehlerhaft und aufhebbar, weil - wie dargelegt - eine Rechtsgrundlage zum Erlaß fehlt ¹⁾. Deshalb verdient die Übung, in den unten aufzuzeigenden Fällen einen Verwaltungsakt zu erlassen, keinen Beifall, mag sie auch praktischen Bedürfnissen entspringen. Der Verwaltungsakt muß von dem, der ihn beantragt hat, angefochten werden, um den Eintritt seiner formellen und materiellen Bindungswirkung gegenüber dem **Antragsteller** zu verhindern. Zuständig sind die SG gemäß § 54 SGG.

Der Erlaß (10.17, 10.27) schreibt vor, daß dem Anzeigenden ein schriftlicher Bescheid mit Rechtsbehelfsbelehrung zu erteilen ist, aber nur, falls der Anzeigende dies beantragt und falls die Unverzüglichkeit oder Sw nicht als gegeben angesehen werden. In allen anderen Fällen darf die Verwaltung keinen Verwaltungsakt erlassen, sondern muß ihre Ansicht dem Anzeigenden formlos mitteilen ²⁾. Auch dies schreibt der Erlaß (10.17, 10.27, 10.19) vor. Dieser Erlaß bindet die Verwaltung gemäß § 6 mit § 2, I, 2 AVAVG ³⁾. -Das bedeutet, daß nur selten ein Verwaltungsakt auf die Anzeige hin ergeht. Fälle einer bloßen Äußerung sind z. B. die Bejahung des Sw, die Verneinung irgendwelcher anderen allgemeinen oder betrieblichen Voraussetzungen, bei Fehlen eines Antrags auf Erlaß eines Verwaltungsaktes auch die Verneinung des Sw oder der Unverzüglichkeit.

1) Vgl die Ausführungen oben S. 119/120.

2) Im Ergebnis ähnlich KRANZ-HUBBERT (a. a. O., § 143 e AVAVG Erl E) und KREBS (a. a. O., § 143 e AVAVG Anm 43); andeutungsweise auch BRODHUN-STRIPPEL-HENNIG, a. a. O., § 143 e AVAVG Anm 2.

3) Vgl Draeger-Buchwitz-SCHÖNEFELDER, a. a. O., § 6 AVAVG Anm 7, 8; vgl auch Draeger-BUCHWITZ-Schönefelder (a. a. O., § 200 AVAVG Anm 2, 3) und KRANZ-HUBBERT (a. a. O., § 143 n AVAVG Erl C).

Im einzelnen gilt für die Klage gegen den Verwaltungsakt über die Anzeige das, was zur Klage auf Gewährung von Swg vertreten wird, entsprechend, denn die Rechtslage und die Fallgruppen sind gleich ¹⁾. Außerdem muß innerhalb der Antragsfrist Swg beantragt werden ²⁾.

Ist die Stellungnahme des AA als bloße Äußerung ergangen, nicht als Verwaltungsakt, so ist diese selbständig nicht anfechtbar ³⁾. Der Antrag, Swg zu gewähren, ist daher einzureichen, trotzdem sich das AA ablehnend äußerte.

Wird der Antrag, Swg zu gewähren, abgelehnt, so besteht die Möglichkeit, den Anspruch vor den SG zu verfolgen, worauf später noch näher einzugehen ist ⁴⁾. Die Klage, mit der begehrt wird, den gesetzlosen, ablehnenden Verwaltungsakt über die Anzeige aufzuheben, ist mit der späteren Klage, Swg zu gewähren, durch das Gericht gemäß § 113, I SGG zu verbinden. Zwar liegen verschiedene Streitgegenstände vor. Diese haben aber ihre Begründung in dem gleichen Rechtsverhältnis, nämlich dem Anspruch des Bauarbeiters gegen die BA auf Swg, so daß der nach § 113, I SGG für die Verbindung erforderliche rechtliche Zusammenhang vorliegt ^{5) 6)}.

4.) Wirkung der Mitteilung.

a) Anerkennung verspäteter Anzeigen.

Eine nicht unverzüglich erstattete Anzeige kann keinen

1) Vgl daher unten S. 135 ff.

2) Der Ag kann jedoch einwenden, daß das AA durch seine aufhebbaren "Zwischenbescheid" ihn davon abgehalten habe, den Antrag einzureichen; die BA muß dann den Antrag sachlich verbescheiden (vgl zur Begründung oben S. 98 ff/100/101).

3) Vgl § 54, I, 1 SGG; im Ergebnis auch KREBS, a. a. O., § 143 e AVAVG Anm. 43.

4) Vgl die Ausführungen unten S. 135 ff.

5) Vgl allgemein ROHWER-KAHLMANN, Aufbau und Verfahren der Sozialgerichtsbarkeit, Kommentar, Bad Godesberg, Stand vom April 1964, § 113 SGG RN 4.

6) Auch tatsächlicher Zusammenhang würde ausreichen, vgl: ROHWER-KAHLMANN, wie FN 5); PETERS-SAUTTER-WOLFF, Kommentar zur Sozialgerichtsbarkeit, Stuttgart, Stand vom April 1964, § 113 SGG Anm 2; HOFMANN-SCHROETER, Sozialgerichtsgesetz, Kommentar, 2. Auflage, Berlin-Frankfurt 1957 mit Nachtrag vom Juli 1958, § 113 SGG Anm 1.

Anspruch auf Swg begründen ¹⁾. Dem AA ist es daher selbst dann nicht möglich, verspätete Anzeigen anzuerkennen, wenn es nachträglich noch eindeutig Sw als ausschließliche Ursache des Arbeitsausfalls feststellen kann ²⁾. Ein Ermessen, verspätete Anzeigen anzuerkennen, ist gesetzlich nicht eingeräumt. - Eine analoge Anwendung des § 118 I, 2 AVAVG führt zu keinem anderen Ergebnis. Zwar kann danach eine nicht rechtzeitige Anzeige als rechtzeitig erstattet angesehen werden, wenn ein entschuldbarer Grund der Verspätung vorliegt. Da aber "unverzüglich" ohne schuldhaftes Zögern heißt, schließt ein entschuldbarer Grund die Schuld aus. Insoweit steht nichts einer analogen Anwendung des "entschuldbaren Grundes" des § 118 I, 2 AVAVG entgegen. Liegt also ein solcher vor, z.B. wenn die Anzeige erst einige Tage nach dem Ausfalltag erstattet wurde, weil der Ag krank war und kein Vertreter bestellt werden konnte ³⁾, dann hat der Ag nicht schuldhaft gezögert. Hat er aber schuldhaft gezögert, so liegt kein entschuldbarer Grund vor. Die Norm des § 118 I, 2 AVAVG ist bei analoger Anwendung also nur für die Frage der Unverzüglichkeit der Anzeige von Nutzen ⁴⁾, kann aber nie dazu führen, daß das AA eine schuldhaft zögernd erstattete Anzeige als wirksam behandeln darf, d.h. als ob diese Anzeige den Anspruch zu begründen vermöchte ⁵⁾.

b) Bindung an die Äußerung zur Anzeige.

Da ein etwa ergangener Verwaltungsakt - wie dargelegt - ohne Rechtsgrundlage und damit immer fehlerhaft und auf-

1) Vgl oben S. 81/82.

2) So auch Erlaß 2.31; ebenso: LSG Schleswig-Holstein, ABA 64., S. 141/142; Bayerisches LSG, a. a. O.; LSG Rheinland-Pfalz, a. a. O.; SG Gelsenkirchen, a. a. O.; widersprüchlich KREBS, a. a. O., § 143 e AVAVG Anm 28 gegen Anm 30; unrichtig SG Speyer, ABA 64, S. 144; abwegig SG Nürnberg, ABA 64, S. 143/144; a. A. HENNIG, Anzeige, ABA 64, S. 174; inkonsequent KRANZ-HUBBERT, a. a. O., § 143 e AVAVG Erl D.

3) Vgl DRAEGER-Buchwitz-Schönefelder, a. a. O., § 118 AVAVG Anm 5; vgl auch LSG Rheinland-Pfalz, a. a. O.

4) Die Rückbeziehungsbegrenzung des § 118 AVAVG ist auch hier zu beachten.

5) Nur insoweit andeutungsweise richtig Erlaß 2.31.

hebbar, ferner sehr selten ist, braucht nur darauf eingegangen zu werden, ob das AA bei der Entscheidung über den Antrag auf Swg an seine Äußerung zur Anzeige des Sw gebunden ist.

Aus § 185, I, 1 AVAVG muß der Schluß a majori ad minus gezogen werden, daß für die Entscheidung über den Antrag auf Swg nur die tatsächliche Wetterlage auf der Baustelle am Ausfalltag maßgebend ist, unabhängig von einer bejahenden oder verneinenden Stellungnahme des AA zur Anzeige¹⁾. Zur Begründung ist vom Sinn des § 185 I AVAVG auszugehen. Durch diese Norm muß die Verwaltung den Anspruch entziehen, wenn bei der Bewilligung ein Rechts- oder Tatsachenirrtum vorlag. Die Entziehung ist unabhängig vom schutzwürdigen Interesse des Begünstigten an der Aufrechterhaltung des Verwaltungsaktes und unabhängig vom öffentlichen Interesse auf Beseitigung der Bewilligung²⁾. Zwar ist § 185 I AVAVG eine Ausnahme von den allgemeinen Verwaltungsrechtssätzen³⁾, gilt aber gemäß §§ 143 I IV, 188 IV, 1 AVAVG sinngemäß für das Verfahren, in dem Swg gewährt wird. Wenn schon die bindende Wirkung einer Bewilligungsverfügung nach § 185 I AVAVG ausgeräumt werden kann, und zwar mit rückwirkender Kraft, falls die Voraussetzungen überhaupt nicht vorlagen⁴⁾, so muß dies umso mehr für eine bloße Hoffnung oder Aussicht auf Swg aufgrund einer bejahenden Äußerung des AA gelten⁵⁾. Kann daher nachträglich noch einwandfrei festgestellt werden, ob der Arbeitsausfall ausschließlich durch Sw verur-

-
- 1) Sehr ähnlich Sg Gelsenkirchen, a.a.O.; andeutungsweise auch Erlaß 10.27; Erlaß 10.18 stellt dagegen darauf ab, ob die Meinungsäußerung des AA durch falsche Angaben erschlichen war; KRANZ-HUBBERT (a.a.O., § 143 e AVAVG Erl D) bejahen Bindung an die Anzeigene¹⁾ntsch²⁾cheidung.
 - 2) Draeger-BUCHWITZ-Schönefelder, a.a.O., § 185 AVAVG Anm 2.
 - 3) Wie FN 2).
 - 4) Vgl Draeger-BUCHWITZ-Schönefelder, a. a. O., § 185 AVAVG Anm 6 mit weiteren Nachweisen, Anm 9; KREBS, a. a. O., § 185 AVAVG Anm 17; sinngemäß auch FANGMEYER-UMBERALL, a. a. O., § 185 AVAVG Anm 1.
 - 5) Sehr ähnlich SG Gelsenkirchen, a.a.O.; vgl ferner wie FN 1) ; a.A. im Ergebnis auch KREBS, a.a.O., § 143 e AVAVG Anm 37 ; DRAEGER-Buchwitz-Schönefelder setzen sich mit diesem Problem nicht auseinander, obwohl sie das in Anm 15 zu § 143 e AVAVG andeuten.

sacht wurde, so ist dies allein für die Entscheidung über den Antrag maßgebend, auch bei Widerstreit mit der dem Anzeiger gegenüber geäußerten Ansicht. Gleiches gilt für die sonstigen Voraussetzungen des Swg, vor allem die Unverzüglichkeit der Anzeige. - Solche eindeutigen nachträglichen Untersuchungsergebnisse dürften jedoch seltene Ausnahmefälle bleiben.

5.) Auswirkungen der Mitteilung.

a) Einfluß auf das Dispositionsrecht des Ag.

"Über die Frage, ob die Arbeit mit Rücksicht auf die Witterung einzustellen, fortzusetzen oder wiederaufzunehmen ist, entscheidet der Ag nach pflichtmäßigem Ermessen nach Beratung mit der Betriebsvertretung" ¹⁾. Dies bestimmt § 2, Nr 5, Abs 3 BRTV ²⁾, in Österreich fast gleichlautend § 5, I SWEG. Da der TV von einer Beratung spricht, die Entscheidung für diese einmaligen, bestimmten Fälle aber dem Ermessen des Ag anheimstellt, ist die Beratung kein Beschluß, auch kein Vertrag, der zwischen den An, vertreten durch die Betriebsvertretung, und dem Ag abgeschlossen wird. Sie unterfällt vielmehr § 676 BGB. Es handelt sich somit bei diesen Entscheidungen nicht um eine Betriebsvereinbarung bzw. Betriebsordnung ³⁾, sondern es ist vielmehr für die Wirksamkeit der Anordnung der Arbeitseinstellung ohne Bedeutung, ob die Betriebsvertretung damit einverstanden ist ⁴⁾. - Folglich ist der Ag durch die

-
- 1) Vgl dazu allgemein BAGAP Nr 6 zu § 1 FLG mit zustimmender Anm von DERSCH und LAG Hannover, Urteil vom 10.11. 1958, BB 59, Nr 196/ S. 118, mit auszugsweiser Begründung abgedruckt im DBI C, § 96 AVAVG, Nr 474.
 - 2) Diese Klausel ist zulässig; ein Mitbestimmungsrecht der Betriebsvertretung besteht nicht, außerdem ginge die Regelung des TV vor; vgl dazu BAG AP Nr 2 zu § 56 BetrVerfG Arbeitszeit mit zustimmender Anm von KÜCHENHOFF.
 - 3) Vgl SCHNORR VON CAROLSFELD, Arbeitsrecht, S. 438, 437; abgesehen davon, daß hier keine generellen Regelungen getroffen werden, ist eine Betriebsvereinbarung mit der behandelnden Mitteilung des AA als Geschäftsgrundlage wegen § 59 BetrVerfG unzulässig, auch nach dessen einschränkender Auslegung (vgl zu dieser SCHNORR VON CAROLSFELD, Arbeitsrecht, S. 84).
 - 4) Vgl BAG, wie FN 2); vgl auch NEUMANN-DUESBERG in Gesamtanmerkung zu BAG in SAE 63, Nr 4, 5, 6.

Stellungnahme der Betriebsvertretung nicht gedeckt, d.h. der Rat der Betriebsvertretung schließt seine später zu erörternde Haftung gegenüber den An bei falschen Entscheidungen nicht aus.

Ob das AA meint, Sw sei gegeben oder nicht, kann und soll an der Entscheidungsbefugnis des Ag nichts ändern ^{1) 2)}. Für ein Verbot der Weiterarbeit oder ein Gebot, die Arbeit fortzusetzen, fehlt dem AA gegenüber dem Ag jede Rechtsgrundlage. Das AA muß sich zur Frage des witterungsbedingten Arbeitsausfalles daher in Form und Inhalt dem Ag gegenüber so äußern, daß darin keinerlei Gebote an den Ag erblickt werden können ³⁾. Verneint das AA daher in dieser Form eine Auskunft das Vorliegen von Sw, so haftet die BA nicht, wenn der Ag die Arbeiten ~~deshalb~~ fortsetzen läßt, um nicht Lohn trotz Nichtarbeit zahlen zu müssen ⁴⁾ und diese Arbeiten dann Mängel, etwa infolge von Frost und Regen aufweisen.⁵⁾ Dies gilt aber nur dann, wenn das AA Gründe und Gegengründe sachlich abgewogen hat und den ihm bei der Beurteilung der Möglichkeit der Fortsetzung der Arbeit verbleibenden Beurteilungsspielraum ⁶⁾ nicht

1) Allgemeine Meinung; vgl KRANZ-HUBBERT, a.a.O., § 143 e AVAVG, Erl B; SCHIECKEL, a.a.O., § 143 e AVAVG Anm 4; BLUMENSAAT-GEERLING-LEBER, a.a.O., S. 193; CZICZOR, a.a.O., RdA 60, S. 363; Erlaß 10.19; andeutungsweise auch DRAEGER-Buchwitz-Schönefelder, a.a.O., § 143 d AVAVG Anm 3.

2) Dennoch ist die Meinung des AA ein wichtiges Indiz, denn es äußert sich unverzüglich und kann eine Vielzahl vergleichbarer Fälle übersehen. Zweifelt der Bauherr an, daß der Ag die Arbeit wegen Sw einstellen mußte, so kann ihn der Ag darauf verweisen, daß das AA ebenfalls meinte, Sw läge vor. Läßt der Ag weiterarbeiten, so ist er gegenüber seinen Bauarbeitern gedeckt, wenn er erklären kann, daß das AA Arbeitsausfall infolge Sw verneint habe. Außerdem ist die Mitteilung des AA ein Beweismittel bei Lohnklagen für Bauarbeiter gegen den Ag.

3) Ebenso im Ergebnis Erlaß 10.19.

4) Vgl unten S. 127 ff.

5) So auch KRANZ-HUBBERT (a.a.O., § 143 e AVAVG Erl B) ohne Begründung.

6) Vgl oben S. 40/41.

überschritten hat. Dann liegt keine Amtspflichtverletzung vor, § 839 BGB mit Art 34 GG greift nicht ein, weil das AA weder vorsätzlich noch fahrlässig gehandelt hat. Es verbleibt bei der Regelung des § 676 BGB. Diese Norm gilt als allgemeingültiger Rechtssatz auch im Bereich öffentlicher Tätigkeit ¹⁾ und schließt hier Schadensersatzansprüche des Ag wegen eines Schadens aus, der daraus entstand, daß sich der Ag nach der Auskunft des AA richtete.

b) Lohnzahlungspflicht des Ag.

Hat sich das AA auf die Anzeige hin ablehnend geäußert, so kann der Ag sich auf § 2, Nr 5, Abs 3 BRT berufen und dennoch die Arbeiten wegen ungünstiger Witterung nicht fortführen oder einstellen lassen. Der Ag wird dessenungeachtet später den Antrag stellen und kann auch das Swg einklagen ²⁾. Es fragt sich dann aber, ob der An gegen den Ag einen Lohnanspruch hat ³⁾. Dies ist - im folgenden - ausführlich zu erörtern.

Der Ag ist nach § 615, 1 BGB lohnzahlungspflichtig, wenn er mit der Annahme der Dienste des Bauarbeiters in Verzug kommt, ohne daß der Bauarbeiter zur Nachleistung verpflichtet ist ⁴⁾ ⁵⁾. Der Ag kommt gemäß § 293 BGB in Verzug, wenn er die ihm angebotene Leistung des Bauarbeiters

1) Vgl Draeger-Buchwitz-SCHÖNEFELDER, a.a.O., § 24 AVAVG Anm 22a.

2) Vgl unten S. 135 ff.

3) Der einzelne Bauarbeiter wird sich darauf stützen, daß das AA auf die Anzeige des Arbeitsausfalls hin Sw verneint hat; muß der An den Ag verklagen, so sind hierfür die Arbeitsgerichte zuständig gemäß § 2 I, 2 ArbGG, denn es handelt sich um einen Lohnstreit; vgl allgemein statt vieler: SCHNORR VON CAROLSFELD, Arbeitsrecht, S.460 mit FN 2); HUECK-Nipperdey, a. a. O., S. 918/919; richtig SCHIECKEL, a. a. O., § 143 f AVAVG Anm 1.

4) Die Vorschrift des § 615 BGB kann - wie ein aus § 619 BGB zu ziehender Umkehrschluß ergibt - nicht abbedungen werden, sondern nur § 616 BGB; dem entspricht § 4, I, Abs 1, Satz 1 BRTV, der nur § 616 BGB ausschließt.

5) Zur grundsätzlichen Anwendbarkeit der §§ 323 ff und 611 ff BGB auf das Av vgl statt vieler SCHNORR VON CAROLSFELD, Arbeitsrecht, S. 162, S. 163/164; vgl auch NIKISCH, Arbeitsrecht I, S. 274, S. 277; HUECK-Nipperdey, a.a.O., S. 133 ff.

nicht annimmt. Erscheinen die Bauarbeiter auf der Baustelle und erklären sich zur Leistung ihrer Arbeit bereit, so haben sie ihre Leistung angeboten im Sinne der §§ 293, 294 BGB. Falls der Ag anordnet, daß die Arbeit nicht aufzunehmen oder einzustellen ist - etwa weil der Ag meint, Sw läge vor -, so nimmt er die Dienste der Bauarbeiter nicht an ¹⁾. Der Ag gerät dennoch nicht in Annahmeverzug, wenn an diesem Tag tatsächlich Sw herrscht oder wenn der Ag die Dienste der An während des Lohnausgleichszeitraums nicht annimmt. Liegt nämlich Sw vor, so ist die Arbeitsleistung technisch unmöglich oder unzumutbar, so²⁾ daß der Ag gemäß § 297 BGB nicht in Annahmeverzug kommt. Die Sphärentheorie vermag den An nicht zu helfen, da sie nicht angewandt werden kann; die An erhalten keinen Lohn ³⁾. Ob am Ausfalltag Sw herrschte, ist gerichtlich voll überprüfbar ⁴⁾, denn Technische Unmöglichkeit und Unzumutbarkeit sind unbestimmte Rechtsbegriffe ⁵⁾.

Im Lohnausgleichszeitraum ⁶⁾ ist der Ag nicht verpflichtet, die Leistungen der Bauarbeiter anzunehmen ⁷⁾. Dies ergibt sich aus einem Vergleich zwischen § 2, Nr 5, Abs 3 BRTV und § 3, Nr 4, Abs 1 LATV. - Im Lohnausgleichszeitraum braucht der Ag keine Rücksicht darauf zu nehmen, ob die

1) Vgl LAG Hannover, a. a. O.; vgl allgemein HUECK-Nipperdey, a. a. O., S. 217/218; KASKEL-DERSCH, a. a. O., S. 166/167.

2) Vgl HUECK-Nipperdey, wie FN 1); NIKISCH, Arbeitsrecht I, S. 277; KASKEL-DERSCH, wie FN 1).

3) Vgl zur Begründung oben S. 14; zur Zulässigkeit abweichender Vereinbarungen über die Verteilung des Betriebsrisikos vgl statt vieler HUECK-Nipperdey, a. a. O., S. 349.

4) Ebenso KRANZ-HUBBERT, a. a. O., § 143 e AVAVG Erl C, § 143 f AVAVG Erl D; hiervon gehen auch das BAG (AP Nr 21 zu § 615 BGB mit Ann von SCHNORR VON CAROLSFELD) das LAG Düsseldorf (BB 61, Nr 2172/S. 1128), wohl auch das LAG Berlin (BB 61, Nr 2510/S. 1322, DBL C § 143 d AVAVG Nr 815 a) und das LAG Berlin (Urteil vom 30. 6. 60, BB 61 Nr. 2510/S. 1322) stillschweigend aus; zutreffend LAG Hannover (a. a. O.) für die insoweit gleiche Lage vor Inkrafttreten des 2. ÄndG.

5) Vgl oben S. 39 ff (41).

6) Vgl oben S. 36.

7) So auch BLUMENSAAT-GEERLING-LEBER, a. a. O., S. 195.

Witterung zuliebe, die Arbeit aufzunehmen. In § 3, Nr 4, Abs 2 LATV wird davon ausgegangen, daß nur gearbeitet werden soll, wenn die Betriebsbedürfnisse dies erfordern und den entgegenstehenden Interessen der Bauarbeiter vorgehen müssen. Aufgrund dieser tarifvertraglichen Regelung kann daher der Ag im Lohnausgleichszeitraum entscheiden, daß nicht gearbeitet wird, ohne verpflichtet zu sein, Lohn zu zahlen ¹⁾. Für sämtliche Bauarbeiter wirkt dies wie eine Werksbeurlaubung ²⁾. Daß die meisten Bauarbeiter Anspruch auf Lohnausgleich haben ³⁾, ändert rechtlich nichts daran, daß im Lohnausgleichszeitraum keine Lohnzahlungspflicht bei Nichtannahme der angebotenen Dienste trotz guten Wetters besteht ^{4) 5) 6)}.

-
- 1) Ähnlich BLUMENSAAT-GEERLING-LEBER, a. a. O., S. 196; vgl zu dieser Befugnis des Ag allgemein am besten HUECK-Nipperdey, a. a. O., S. 213/214.
 - 2) Zu eng BLUMENSAAT-GEERLING-LEBER, a. a. O., S. 195 und S. 196; zum Begriff der Werksbeurlaubung vgl: SCHNORR VON CAROLSFELD, Arbeitsrecht, S. 167; HUECK-Nipperdey, a. a. O., S. 214/215; DERSCH-NEUMANN, a. a. O., § 1 BurlG Anm 47; NIKISCH, Arbeitsrecht I, S. 651/652.
 - 3) Vgl oben S. 36 und S. 37.
 - 4) Dies verkennen BLUMENSAAT-GEERLING-LEBER, a. a. O., S. 195/196.
 - 5) Zum Anspruch auf Swg im Lohnausgleichszeitraum vgl oben S. 74/75.
 - 6) Steht fest, daß kein Sw herrschte, wurde ferner die Leistung nicht im Lohnausgleichszeitraum angeboten, so sind die Voraussetzungen des § 615, 1 BGB erfüllt (ebenso allgemein HUECK-Nipperdey, a. a. O., S. 217/218, S. 326; KASKEL-DERSCH, a. a. O., S. 166; a. a. NIKISCH, Arbeitsrecht I, S. 281; das LAG Hannover/ a. a. O./ rechtfertigt die Leistungsklage aus § 611 BGB). Fehlt es an Sw, so entfällt auch nach § 4, II, Abs 1 BRTV der Lohnanspruch nicht. Der Ag ist daher lohnzahlungspflichtig in Höhe des Verdienstes, der den Bauarbeitern entgangen ist durch seine Anordnung, die Arbeit einzustellen (LAG Hannover, a. a. O.; ohne Begründung KRANZ-HUBBERT/a. a. O., § 143 e AVAVG Erl C, § 143 f AVAVG Erl D/und CZICZOR/a. a. O., RdA 60, S. 363/; andeutungsweise SCHIECKEL/a. a. O., § 143 e AVAVG Anm 4/, BLUMENSAAT-GEERLING-LEBER/a. a. O., S. 193/; etwas unklar BT-Drucksache 1240/ S. 16/ und anonym/Förderung der ganzjährigen Beschäftigung in der Bauwirtschaft, BlStSozArbR 60, S. 120 ff/122/; unschlüssig DRAEGER-Buchwitz-Schönefelder, a. a. O., § 143 e AVAVG Anm 8).

c) Ausmaß der Lohnzahlungspflicht des Ag.

Der Annahmeverzug und die Lohnzahlungspflicht des Ag dauern in dem auf die Einstellung folgenden Tagen an sich nur fort, wenn die Bauarbeiter wieder auf die Baustelle kommen, sich erneut zur Leistung bereit erklären, der Ag erneut die Arbeitsleistung ablehnt, obwohl sie möglich gewesen wäre ¹⁾.

Aus dem BRTV ergibt sich jedoch für die Bauarbeiter, daß sie ihre Leistung nicht an jedem Arbeitstag erneut anbieten müssen. Nach § 2, Nr 5, Abs 4, Satz 1 und 2 BRTV haben sich die An nämlich bei Entlassungen wegen Sw außerhalb der Swz nach Wiederaufnahme der Arbeit zu melden, um wieder eingestellt zu werden. Der Ag muß die Bauarbeiter nach § 2, Nr 5 Abs 4, Satz 3 BRTV ²⁾ jedoch davon unterrichten, daß die Arbeit fortgesetzt wird. ~~Es~~ Diese tarifvertragliche Pflicht/^{besteht} selbst bei beendetem, in Wirklichkeit einseitig ruhendem Av ³⁾, d.h. es bestehen nur Pflichten des Ag, aber keine Pflicht des An, sich weiter bereit zu halten ⁴⁾. Diese Pflicht muß umso mehr für das zweiseitig ruhende, fortbestehende Av ⁵⁾ bei Sw während der Swz auch ohne ausdrückliche Vorschrift gelten ⁶⁾. Die Bauar-

1) Vgl allgemein SCHNORR VON CAROLSFELD, Arbeitsrecht, S. 313; HUECK-Nipperdey (a.a.O., S. 219) stellt allgemein auf das Ende des Annahmeverzugs ab; a.A. KASKELDERSCH, a.a.O., S. 167.

2) Eine erstmals im BRTV enthaltene Vorschrift; dies ist offenbar die Antwort der Tarifpartner auf die Ann von SCHNORR VON CAROLSFELD zu BAG AP Nr 21 zu § 615 BGB; in dieser Entscheidung hatte das BAG verneint, daß ein An, dessen Ag die Wiederaufnahme der Arbeit auf O^o C festgesetzt hatte, verpflichtet sei, sich zu erkundigen, ob diese Temperatur auf der Baustelle herrsche; SCHNORR VON CAROLSFELD hatte jedoch die Erkundigungspflicht des An bejaht, weil diese Erkundigung dem An eher zuzumuten sei als dem Ag die Benachrichtigung.

3) Vgl SCHNORR VON CAROLSFELD, Arbeitsrecht, S. 168. 401; vgl auch HUECK-Nipperdey, S.180 FN 30); S. 215.

4) SCHNORR VON CAROLSFELD, wie FN 3).

5) Was das heißt, ist oben S. 64 (mit FN 4) dargelegt.

6) Man kann dieses Ergebnis als durch Auslegung oder begrenzte Lückenausfüllung gewonnen bezeichnen; vgl dazu SCHNORR VON CAROLSFELD, Arbeitsrecht, S. 61/62; Hueck-NIPPERDEY, a.a.O., S. 268 ff; NIKISCH, Arbeitsrecht II, S. 219 ff.

beiter müssen daher vom Ag benachrichtigt werden, daß die Arbeit wiederaufgenommen werde ¹⁾, sie brauchen nicht zu kommen oder sich zu erkundigen. Nur der Ag weiß, wann wieder gearbeitet wird, er muß dies daher verlautbaren. Solange der Ag die Bauarbeiter nicht benachrichtigt, ver-
letzt er eine Mitwirkungspflicht aus dem Av, er kommt in Annahmeverzug ²⁾. Weitere Angebote erscheinen des-
halb entbehrlich ³⁾. - Diese Folgerung kann wohl
nicht mit Recht auch damit begründet werden, das Unter-
lassen der Benachrichtigung sei als schlüs-
siges Verhalten dafür zu werten, daß der Ag
die Leistung nicht annehmen will ⁴⁾. Das würde nämlich
in Wahrheit eine Befreiung von der Notwendigkeit wört-
lichen Angebotes bedeuten, die unser Gesetz gemäß § 296
BGB aber nur für den Fall kennt, daß die Handlung des
Gläubigers kalendermäßig bestimmt ist ⁵⁾.

-
- 1) LAG Düsseldorf (a.a.O.) leitet diese Pflicht des Ag aus seiner fortbestehenden Fürsorgepflicht ab; ebenso NIKISCH, Arbeitsrecht I, S. 280; wohl allgemein auch HUECK-Nipperdey, a. a. O., S. 218/219; das BAG (AP Nr 21 zu § 615 BGB mit Anm von SCHNORR VON CAROLSFELD), teil-
weise auch Erlaß II, 3.35, Abs 3 und allgemein wohl auch SCHNORR VON CAROLSFELD (Arbeitsrecht, S. 166) bestim-
men nach § 242 BGB, ob bzw. wie die Entscheidung des Ag dem Bauarbeiter mitzuteilen ist; ebenso SCHNORR VON CAROLSFELD (in Anm zu BAG AP Nr 21 zu § 615 BGB) aus dem richtigen Gedanken heraus, daß die Erkundigung auch dem auswärts wohnenden An eher zumutbar sei (vgl im einzelnen oben S. 130 FN 2), der Ag konnte daher vor Inkrafttreten des § 2, Nr 5, Abs 4, Satz 3 BRTV durch Angabe einer Außentemperatur festlegen, wann die Arbeit wiederaufzunehmen sei; dadurch wurde die Leistungs-
schuld des An allein durch die Gradzahl aktiv, für An-
nahmeverzug oder Schadensersatz des Ag war kein Raum (vgl SCHNORR VON CAROLSFELD in Anm zu dem abweichenden Urteil des BAG in AP Nr 21 zu § 615 BGB); a.A. LAG Berlin (Urteil vom 12.7.60, a.a.O.), das eine aus dem Direktions-
recht folgende Benachrichtigungspflicht verneint und dem Bauarbeiter auferlegt, das Erforderliche und ihm Zumut-
bare zu tun; für Erkundigungspflicht der Bauarbeiter wohl auch CZICZOR, a.a.O., RdA 60, S. 363.
 - 2) Vgl statt vieler HUECK-Nipperdey, a. a. O., S. 217/218, 219; Palandt-GRAMM, a. a. O., § 615 BGB Anm 2.
 - 3) Vgl allgemein SCHNORR VON CAROLSFELD, Arbeitsrecht, S. 314; a. A. LAG Berlin, wie FN 1).
 - 4) A.A.: BAG (wie FN 1); KREBS, a. a. O., § 143 d AVAVG Anm 22; HUECK-Nipperdey, a. a. O., S. 219; vgl allge-
mein KASKEL-DERSCH, a. a. O., S. 166/167.
 - 5) SCHNORR VON CAROLSFELD in Anm zu BAG AP Nr 21 zu § 615 BGB.

Der Ag ist daher nach § 615,1 BGB von dem Zeitpunkt an, an dem die Arbeit wieder begonnen werden kann, bis zu dem Tag, an dem er die Bauarbeiter benachrichtigt, verpflichtet, den Bauarbeitern Lohn für diese Zwischenzeit zu zahlen ^{1) 2)}.

Der Ag kann sich dieser Pflicht, die Bauarbeiter zu benachrichtigen, weder dadurch entledigen, daß er zwar unverzüglich unterrichtet, aber verspätet entscheidet, noch dadurch, daß er kraft seines Direktionsrechts den Bauarbeitern aufbürdet, sich zu erkundigen ³⁾. Das Direktionsrecht des Ag gilt hier nicht, weil die Benachrichtigungspflicht aus dem BRTV abgeleitet wurde ⁴⁾. Können Bauarbeiter nicht unverzüglich erreicht werden, etwa, weil sie telefonisch nicht unterrichtet werden können, so kann ihnen deswegen auferlegt werden, täglich anzurufen, während der Ag die Kosten trägt ⁵⁾.

II.) Entscheidung über den Antrag und ihre Anfechtung.

1.) Zuständigkeit.

Der Direktor des AA, das zur Entgegennahme des Antrags zuständig ist ⁶⁾, entscheidet, ob Swg zu gewähren ist ⁷⁾. Dies bestimmen §§ 143 I II, 1 und IV, 188 IV, 1, 177, 1 AVAVG

1) Vgl allgemein HUECK-Nipperdey, a.a.O., S. 326, 328, S. 219; KASKEL-DERSCH, a.a.O., S. 167.

2) Für verspätete Arbeitsaufnahme vgl allgemein: SCHNORR VON CAROLSFELD, Arbeitsrecht, S. 166; KASKEL-DERSCH, a.a.O., S. 169/170; HUECK-Nipperdey, a.a.O., S. 223 ff(224); abweichend NIKISCH, Arbeitsrecht I, S. 274 ff.

3) Vgl oben S. 131 FN 1).

4) Vgl allgemein zur Subsidiarität des Direktionsrechts: HUECK-Nipperdey, a.a.O., S. 158; NIKISCH, Arbeitsrecht I, S. 256/257.

5) Das LAG Berlin (Urteil vom 12.7.60, a.a.O.) hält dies für sämtliche Bauarbeiter möglich.

6) Vgl oben S. 102 und 103.

7) Vgl BT-Drucksache 1240, S. 16; ebenso anonym, Förderung der ganzjährigen Beschäftigung in der Bauwirtschaft BlStSozArbR 60, S. 120 ff (122); Swg-Merkblatt, IX, Nr 23.

in Verbindung mit Swg-Richtlinien II, Nr 6 ¹⁾. Aus Zweckmäßigkeitsgründen erscheint es zulässig, daß sich der Direktor des AA vertreten läßt ²⁾.

2.) Rechtsnatur des Bescheids.

Die Entscheidung über den Antrag auf Swg ist ein Verwaltungsakt ³⁾. Dies ist nach den einzelnen Definitionen des Verwaltungsaktes im Verwaltungsrecht zweifelsfrei ⁴⁾. Aus diesen Begriffsbestimmungen ergibt sich aber auch, ob eine Maßnahme nach dem AVAVG ein Verwaltungsakt ist und was einen Verwaltungsakt im Sinne des SGG kennzeichnet ⁵⁾. Das AA entscheidet nämlich, ob der Bauarbeiter einen Rechtsanspruch darauf hat, daß ihm die BA für einen bestimmten Ausfalltag Swg in bestimmter Höhe gewährt ⁶⁾. Der Bescheid des AA ist also unmittelbar rechtserheblich. Da es sich beim Swg um eine "Muß"-Leistung handelt ⁷⁾, im Gegensatz zu den "Kann"-Leistungen der BA nach §§ 143 a bis 143 c AVAVG ⁸⁾, spricht der Verwaltungsakt etwas aus, was zwingende Folge der Gesetzesanwendung ist ⁹⁾. Der Bescheid über den Antrag begrün-

-
- 1) Sehr ähnlich KRANZ-HUBBERT, a.a.O., § 143 I AVAVG Erl M.
 - 2) Im Ergebnis auch Draeger-BUCHWITZ-Schönefelder, a.a.O., § 177 AVAVG Anm 4; KRANZ-HUBBERT, wie FN 1).
 - 3) Im Ergebnis auch KRANZ-HUBBERT, wie FN 1); allgemein vgl Draeger-BUCHWITZ-Schönefelder, a.a.O., § 177 AVAVG Anm 3; vgl. auch unten S. 135 mit FN 2).
 - 4) Vgl die Definitionen des Verwaltungsaktes bei FORSTHOFF (a. a. O., S. 180 ff/189), Mang-Maunz-Mayer-OBERMAYER (a. a. O., S. 167/ 168 ff); VON TUREGG-KRAUS (a. a. O., S. 123 ff/128); sämtliche Autoren bringen weitere Zitate.
 - 5) Vgl PETERS-SAUTTER-WOLFF (a.a.O., § 54 SGG Anm 2 b), Draeger-Buchwitz-SCHÖNEFELDER (a.a.O., Anm 16 vor § 35 AVAVG), jeweils mit weiteren Nachweisen; vgl auch MELLWITZ, a.a.O., § 54 SGG RN 1, Einleitung C IV, 4, a (S. 67); HOFMANN-SCHROETER, a.a.O., § 54 SGG Anm 2.
 - 6) Vgl oben S. 72/73.
 - 7) Vgl oben S. 72/73; vgl auch KNOBLOCH, Erfolgreicher Winterbau, ArbSozPol 62, S. 359 ff (360); DRAEGER-Buchwitz-Schönefelder, a.a.O., Einführung, S. 60.
 - 8) Vgl zu diesen oben S. 6.
 - 9) Vgl zum Sozialversicherungsrecht statt vieler HENNIG (Zur Rechtsnatur des Bescheids über den Antrag auf eine öffentlich-rechtliche Leistung, SGB 62, S. 68 ff/68, 72), HAUBEISEN (Anliegen, BABl 62, S. 1014), beide in Einklang mit der Rechtsprechung der oberen Bundesgerichte; so schon: BVerfGE 2, 380 ff (390/391); andeutungsweise BVwG in NJW 57, S. 314/315 (315), 1991 ff (1892); ebenso BVwG in JZ 59, S. 641 ff (642, 643); vgl auch BSGE 8, 3 ff (5).

det damit den Anspruch nicht, sondern stellt die Rechtsfolge ¹⁾. Dieser feststellende Verwaltungsakt ist begünstigend, wenn er das Swg in der beantragten Höhe bewilligt. Er ist belastend, wenn er den Antrag auf Swg ablehnt. Er ist begünstigend und belastend, wenn er dem Antrag auf Swg nur teilweise stattgibt ²⁾.

Nach §§ 143 I IV, 188 IV, 1 AVAVG gelten auch § 177, 2 und 3 sinngemäß ³⁾. Der Verwaltungsakt muß deshalb über die Rechtsbehelfe belehren, schriftlich bekannt gegeben werden und bedarf selbst der Schriftform ⁴⁾ ⁵⁾. Der Ver-

-
- 1) Wie oben S. 133 FN 9); vgl ferner ROHWER-KAHLMANN, a.a.O., Vb 8 zu § 54 SGG; widersprüchlich SCHWANKHART (Entsteht der Leistungsanspruch aus einem feststellenden oder gestaltenden Verwaltungsakt?, SGB 62, S. 193 ff/194 und 195); a.A. Draeger-BUCHWITZ-Schönefelder, a.a.O., § 177 AVAVG Anm 3, Anm 16, Vb 4 vor § 74 AVAVG.
 - 2) Ähnlich KRANZ-HUBBERT, a.a.O., § 143 I AVAVG Erl M; vgl ferner statt vieler für das Sozialversicherungsrecht HENNIG (a.a.O., SGB 62, S. 70), HAUZEISEN (Anliegen, BABl 62, S. 1014), ferner HAUZEISEN (Grundfragen des Verwaltungsrechts und des Verwaltungsprozeßrechts in der Rechtsprechung des Bundessozialgerichts, BABl 60, S. 259 ff/259).
 - 3) Die Besonderheit dieser Regelung besteht darin, daß der Verwaltungsakt unwirksam ist, wenn § 177, 2 nicht erfüllt ist, vgl Draeger-BUCHWITZ-Schönefelder, a.a.O., § 177 AVAVG Anm 11, 12.
 - 4) Vgl Draeger-BUCHWITZ-Schönefelder, a. a. O., § 177 AVAVG Anm 11 bis 13 mit Anm 1; KRANZ-HUBBERT, a. a. O., § 143 I AVAVG Erl M; KREBS, a. a. O., § 177 AVAVG Anm 7, 9, 10, unrichtig Anm 8.
 - 5) Zum nicht gerichtlich erzwungenen Zweitbescheid vgl speziell KRANZ-HUBBERT, wie FN 4); vgl allgemein statt vieler HAUZEISEN (Anliegen, BABl 62, S. 1015), HAUZEISEN (Der Verwaltungsakt im Lichte neuerer Überlegungen, DÖV 61, S. 121 ff/124 ff), KREBS, (wie FN 4) aber Anm 11) FANGMEYER-UEBERALL (a. a. O., § 177 AVAVG Anm 2 f); man versteht darunter eine neue Entscheidung über den bereits durch Verwaltungsakt verbeschiedenen Antrag auf Swg, ohne daß das SG die Verwaltung zur Vornahme dieser Entscheidung verpflichtet hätte; er wird nur dann erteilt, wenn der erste Verwaltungsakt rechtswidrig belastend war; die Bindungswirkung des unanfechtbar gewordenen ersten Verwaltungsaktes hindert das Ergehen eines Zweitbescheides nur in den Grenzen des Verbots der reformatio in peius, ~~gesetzt~~ durch den ersten Verwaltungsakt; ist der erste Verwaltungsakt rechtswidrig begünstigend, so gilt § 185 AVAVG.

waltungsakt ist in vollem Umfang gerichtlich auch daraufhin überprüfbar, ob am Ausfalltag Sw herrschte ¹⁾.

3.) Rechtsweg und Klageart.

Wird der Antrag auf Swg ganz oder teilweise abgelehnt, so steht gegen diesen Verwaltungsakt ²⁾ der Rechtsweg zu den SG offen. Es handelt sich um eine öffentlichrechtliche ³⁾ Streitigkeit aus dem Gebiet der BA im Sinne des § 51 I SGG ⁴⁾, wie § 143 I II, 1 AVAVG am besten beweist. Der Klage ist ein Widerspruchsverfahren gemäß §§ 80 Nr 1, 83 SGG vorge-schaltet ⁵⁾.

Da der anzugreifende Verwaltungsakt eine Leistung betrifft, auf die ein Rechtsanspruch besteht ⁶⁾, so ist nur eine Klage nach § 54, IV SGG entgegen dessen Wortlaut statthaft ⁷⁾.

-
- 1) Vgl zur Begründung oben S. 39 ff/41.; vgl auch oben S. 128; sinngemäß ebenso: BT-Drucksache 1240, S. 16; anonym, Förderung der ganzjährigen Beschäftigung in der Bauwirtschaft, BlStSozArbR 60, S. 120 ff (122).
 - 2) Vgl statt vieler sinngemäß auch BRACKMANN, Handbuch der Sozialversicherung, Band I Allgemeiner Teil, Bad Godesberg, Stand vom September 1963, S. 240 w; aus der Rechtsprechung der SG vgl statt vieler allgemein richtig LSG Schleswig-Holstein, SGB 62, S. 250 und 251 mit insoweit zustimmender Anm von CAESAR (SGB 62, S. 251); vgl auch oben S. 133 mit FN 3).
 - 3) Vgl oben S. 72 ff.
 - 4) Ebenso KRANZ-HUBBERT, a.a.O., § 143 f AVAVG Erl B; DRAEGER-Buchwitz-Schönefelder, a.a.O., § 143 f AVAVG Anm 8; SCHIECKEL, a.a.O., § 143 e AVAVG Anm 4, § 143 f AVAVG Anm 1, § 143 l AVAVG Anm 3; ENDERLEIN, Schlechtwettergeld, Arbeitskammer 60, S. 26; wohl auch KREBS, a.a.O., § 143 f AVAVG Anm 53; beachte auch PETERS-SAUTTER-WOLFF, a.a.O., § 51 SGG Anm 10 b.
 - 5) Ebenso KRANZ-HUBBERT, a.a.O., § 143 f AVAVG Erl B; DRAEGER-Buchwitz-Schönefelder, a.a.O., § 143 f AVAVG Anm 8; im Ergebnis auch Swg-Merkblatt, IX, Nr 23.
 - 6) Vgl oben S. 72/73.
 - 7) Andeutungsweise KRANZ-HUBBERT, wie FN 5); allgemein richtig statt vieler PETERS-SAUTTER-WOLFF, a.a.O., § 54 SGG Anm 6 b mit weiteren Nachweisen, § 131 SGG Anm 5; BSG NJW 59, S. 66 ff (68) mit überzeugender Anm von BETTERMANN; richtig auch CAESAR in Anm zu dem bezüglich § 1300 RVO abweichenden Urteil des LSG Schleswig-Holstein (wie FN 2); a.A. allgemein HENNIG, a.a.O., SGB 62, S. 70.

Das heißt, daß neben der Aufhebung des Verwaltungsaktes gleichzeitig Gewährung des Swg verlangt werden muß. Diese Leistungsklage ist eine unechte ¹⁾, besser eine erweiterte, da sie Anfechtungs- und Leistungsklage enthält. Blieb die Verwaltung nach dem Antrag auf Swg untätig oder lehnte sie den Erlaß eines Verwaltungsaktes ab, so ist eine Verpflichtungsklage nach § 54 I, 1 SGG zulässig ²⁾. Nur bei der reinen Untätigkeitsklage ist kein Vorverfahren nach § 79 Nr 2 SGG erforderlich ³⁾.

4.) Klagebefugnis.

- a) Klagebefugnis des materiell berechtigten Bauarbeiters.

Der Bauarbeiter ist Träger des Anspruchs auf Swg, was bereits ausführlich dargelegt wurde ⁴⁾. Ihm allein steht - anders ausgedrückt - materiellrechtlich die Swg-Forderung zu, er ist Gläubiger des Anspruchs auf Swg. Der Bauarbeiter ist also aktiv materiellrechtlich sachbefugt ⁵⁾.

Der Bauarbeiter ist klagebefugt, wenn er in seinen Rechten

-
- 1) Allgemein ebenso statt vieler PETERS-SAUTTER-WOLFF, a.a.O., § 54 SGG Anm 6 a und 6 b; MELLWITZ, a.a.O., § 54 SGG RN 32; eine andere Bezeichnung wählen ROHWER-KAHLMANN (a.a.O., § 54 SGG RN 9) und HOFMANN-SCHROETER (a.a.O., § 54 SGG Anm 7).
- 2) Beachte aber § 88 SGG.
- 3) Allgemein statt vieler wohl PETERS-SAUTTER-WOLFF, a.a.O., § 79 SGG Anm 4; a.A. CAESAR und das LG Schleswig-Holstein (SGb-62, S. 250 und 251); vgl auch § 68, II VwGO, aus dem sich dasselbe für Klagen zu den Verwaltungsgerichten ergibt.
- 4) Vgl oben S. 72 ff.
- 5) Vgl statt vieler allgemein ROHWER-KAHLMANN, a.a.O., § 53 SGG RN 19.

beeinträchtigt ist im Sinne des § 54 I, 2 SGG ^{1) 2)}.

Lehnt das AA den Antrag, dem Bauarbeiter Swg zu gewähren, ganz oder teilweise ab, so ist § 54 I, 2 SGG zugunsten des Bauarbeiters erfüllt. Der Bescheid des AA verneint nämlich, daß dem Bauarbeiter ein materiellrechtlicher Anspruch in der beantragten Höhe zusteht, betrifft den An also unmittelbar ³⁾. Der Bauarbeiter ist folglich klagebefugt ⁴⁾. Er kann somit Klage erheben mit dem Begehren, den Verwaltungsakt des AA aufzuheben und ihm Swg in der beantragten Höhe zu gewähren.

b) Klagebefugnis des Ag und der Betriebsvertretung.

Weder dem Ag noch der Betriebsvertretung steht der An-

-
- 1) Vgl ebenso DRAEGER-Buchwitz-Schönefelder, a.a.O., § 143 f AVAVG Anm 8.
 - 2) Daß der Bauarbeiter nicht Adressat des Verwaltungsaktes über den Antrag auf Swg ist, was unten S.138 ff noch darzulegen ist, steht dem nicht entgegen, vgl dazu: allgemein wohl auch PETERS-SAUTTER-WOLFF, a.a.O., § 54 SGG Anm 2 d; BSG in SGB 62, S. 370 ff (371); zum allgemeinen Verwaltungsrecht vgl statt vieler KLINGER, Kommentar zur Verwaltungsgerichtsordnung, 2. Auflage, Göttingen 1964, § 42 VwGO Anm C 1; ULE, Kommentar, § 42 VwGO Anm III 2; SCHUNCK-DE CLERCK, Verwaltungsgerichtsordnung, Kommentar, 1. Auflage, Siegburg 1961, S. 188 unter bb; Mang-Maunz-Mayer-OBERMAYER, a. a. O., S. 236; auch EYERMANN-FRÖHLER, Verwaltungsgerichtsordnung, Kommentar, 3. Auflage, München und Berlin 1962, § 42 VwGO Anm 88; BVwGE 3, S.237 ff (239/240); unrichtig KOEHLER, Verwaltungsgerichtsordnung, Berlin und Frankfurt a.M. 1960, § 42 VwGO Anm C VI.
 - 3) DRAEGER-Buchwitz-Schönefelder (wie FN 1) lassen dies dahingestellt.
 - 4) Im Ergebnis ähnlich SCHIECKEL (a.a.O., § 143 f AVAVG Anm 1, § 143 I AVAVG Anm 3), der aber annimmt, daß entweder der Ag klagen kann oder der An; KREBS (a.a.O., § 143 f AVAVG Anm 53), ebenso ENDERLEIN (Schlechtwettergeld, Arbeitskammer 60, S. 26) halten wohl nur Bauarbeiter für klagebefugt; unentschlossen DRAEGER-Buchwitz-Schönefelder wie FN 1; a.A. KRANZ-HUBBERT (a.a.O., § 143 f AVAVG Erl B), die den An auf einen Schadenersatzanspruch gegen den Ag oder die Betriebsvertretung verweisen wollen; zum allgemeinen Verwaltungsprozeßrecht statt vieler richtig EYERMANN-FRÖHLER, wie FN 2); allgemein richtig auch BEINERT, Die Prozessstandschaft im schweizerischen Recht, Basel 1963, S. 25 und 37; a. A. nunmehr wohl auch BSG, ABA 65, S. 47; BSE-Berater, S. 48.

spruch auf Swg zu, sondern der Bauarbeiter ist dessen Inhaber, Ag und Betriebsvertretung haben daher keine materiellrechtliche Sachbefugnis ¹⁾. Sie sind aber ebenfalls klagebefugt, wenn sie die Voraussetzungen des § 54 I, 2 SGG erfüllen. Sie müssen also durch den Verwaltungsakt, der den Antrag, dem Bauarbeiter Swg zu gewähren, ganz oder teilweise ablehnt, in ihren Rechten beeinträchtigt sein. Es muß so viel dargetan werden, daß eine Verletzung der Rechte des Ag oder der Betriebsvertretung durch den Bescheid oder sein Nichtergehen zumindest möglich erscheint ²⁾. Es fragt sich, ob diesen Erfordernissen in den Fällen des Swg Genüge getan ist. Für dieses ist gesetzlich nichts anderes bestimmt. Die Rechtsmacht, fremde Interessen klageweise geltend zu machen, ist dem Ag und der Betriebsvertretung zwar nicht ausdrücklich gesetzlich zugewiesen ³⁾. - Ein Hinweis auf die Klagebefugnis des Ag bzw. der Betriebsvertretung ergibt sich aber aus der Person des Adressaten des Verwaltungsaktes über den Antrag auf Swg. Beim Swg wird ja nämlich der Antrag nicht vom materiell berechtigten An ⁴⁾, sondern vom Ag oder der Betriebsvertretung eingereicht ⁵⁾ ⁶⁾. Für das Gewährungsverfahren von Swg ist über §§ 143.1, IV, 188, IV, 1 AVAVG die Norm des

1) Vgl statt vieler allgemein ROHWER-KAHLMANN, a.a.O., § 53 SGG RN 19.

2) Sinngemäß ebenso BRACKMANN, a.a.O., S. 238 u und S. 238 w; allgemein ebenso: EYERMANN-FRÖHLER, a.a.O., § 42 VwGO Anm 85; ULE, Verwaltungsprozeßrecht, Studienbuch, 3. Auflage, München und Berlin 1963, S. 118; ULE, Kommentar, § 42 VwGO Anm III 1 a; KOEHLER, a.a.O., § 42 VwGO Anm C IV 1; anders PETERS-SAUTTER-WOLFF, a.a.O., § 54 SGG Anm 2 d; ungenau ROHWER-KAHLMANN, a.a.O., § 53 SGG RN 18; ungenau HOFMANN-SCHROETER, a.a.O., § 54 SGG Anm 4; unrichtig MELLWITZ, a.a.O., § 54 SGG RN 17.

3) Zu den Worten "soweit gesetzlich nichts anderes bestimmt ist" in § 23 südd. VGG ebenso BACHOF, Reflexwirkungen und subjektive Rechte im öffentlichen Recht, in Gedächtnisschrift für Walter JELLINEK, München 1955, S. 287 ff (293); vgl auch BSGE 10, 131 ff (134), der PETERS-SAUTTER-WOLFF (a.a.O., § 136 SGG Anm 1) zustimmen.

4) Vgl oben S. 72/73 und oben S. 136.

5) Vgl oben S. 107.

6) Haben Ag und Betriebsvertretung Swg beantragt, so ist derjenige Antragsteller, dessen Antrag früher einging oder wirksam ist, wie oben S. 94, 95 dargelegt wurde.

§ 177 AVAVG entsprechend anzuwenden ¹⁾. Es ist daher der Verwaltungsakt des AA dem bekanntzugeben, der den Antrag eingereicht hat, also niemals dem An ²⁾. Dieses Ergebnis entspricht auch der Praxis bei anderen Lohnausgleichsvergütungsverfahren, z. B., daß der Verwaltungsakt über den Antrag auf Kurzarbeitergeld oder Stilllegungsvergütung ebenfalls dem Antragsteller eröffnet wird, niemals dem An ³⁾. Hiervon geht auch die Swg-Abrechnungsliste aus. Die Adressen der An, für die Swg beantragt wird, sind darin nicht anzugeben ⁴⁾. Zudem wird nur die Kundgabe des Verwaltungsaktes an den Antragsteller dem Ziel gerecht, das § 143 I, II, 2 und 3 AVAVG im Auge haben, nämlich das Verfahren zu

-
- 1) SCHIECKEL (a.a.O., § 143 I AVAVG Anm 6) meint, § 177 AVAVG passe nicht, denn das AA ~~wäre~~ dem Ag seinen Bescheid zustellen, nicht dem einzelnen Bauarbeiter.
 - 2) Richtig KRANZ-HUBBERT, a.a.O., § 143 f AVAVG Erl B, § 143 I AVAVG Erl M; DRAEGER-Buchwitz-Schönefelder (a.a.O., § 143 f AVAVG Anm 8) und SCHIECKEL (a.a.O., § 143 I AVAVG Anm 3) gehen anscheinend ebenfalls davon aus; dies ist auch ständige Verwaltungsübung; vgl. auch FN 1).
 - 3) Nach § 170 I, 1 AVAVG stellt der Arbeitslose den Antrag auf Arbeitslosengeld. Deshalb wird auch dem Arbeitslosen gemäß § 177, 2 AVAVG bekannt gegeben, wie entschieden wurde. Nach § 188 I, 1 und 2 AVAVG muß der Ag oder kann die Betriebsvertretung die Kurzarbeit oder Stilllegung anzeigen. Die Vorschrift des § 188 I, 3 AVAVG bestimmt daher auch, daß dem Anzeigenden ein schriftlicher Bescheid erteilt wird. Bei dem anschließenden Antrag auf Lohnausfallvergütung nach § 188 II, 1 mit 3 AVAVG wird nur auf § 188 I, 1 und 2 AVAVG verwiesen. Antragsbefugt sind also auch hier nur Ag und Betriebsvertretung. Dies entspricht ständiger Praxis (a.A. CIESINGER, Das Verfahren bei der Gewährung von Lohnausfallvergütung, ABA 60, S. 57 und 58/57/58). Demgemäß wird der Bescheid nicht dem An bekannt gegeben, der nach § 120 AVAVG Anspruch auf Kurzarbeitergeld oder nach § 126 AVAVG Anspruch auf Stilllegungsvergütung hat, sondern dem Antragsteller, auch ohne ausdrückliche Verweisung auf § 188 I, 3 AVAVG (hiervon gehen wohl auch stillschweigend Draeger-BUCHWITZ-Schönefelder/a.a.O., § 188 AVAVG Anm 7/und BSGE 16, 65 ff/66/aus). Dies entspricht auch den allgemeinen Grundsätzen des Verwaltungsrechts und ist ständige Verwaltungsübung (a.A. CIESINGER, a.a.O., ABA 60, S. 58). Die entsprechende Anwendbarkeit des § 177 AVAVG gemäß 188 IV, 1 AVAVG wird also so verstanden, daß dem Antragsteller, also dem Ag bzw. der Betriebsvertretung die Entscheidung über den Antrag, Lohnausfallvergütung zu gewähren, zu eröffnen sei.
 - 4) Vgl auch oben S. 96 und 97.

vereinfachen ¹⁾. - Der Ag oder die Betriebsvertretung sind somit Adressaten des Verwaltungsaktes über den Antrag, Swg zu gewähren. ²⁾

Falls der Antrag abgelehnt oder nicht beschieden wird, sind Ag oder Betriebsvertretung klagebefugt, denn es ist möglich, daß sie dadurch in dem nur ihnen zustehenden und von ihnen ausgeübten Antragsrecht verletzt sind ³⁾⁴⁾⁵⁾⁶⁾. Für die Klage-

1) Vgl oben S. 112.

2) Wer nicht als Antragsteller verbeschieden wird. obwohl er ebenfalls Swg beantragt hat (vgl oben S. 94 u. S. 95), ist nicht Adressat des Verwaltungsaktes, aber dennoch klagebefugt; er wird nämlich durch die Ablehnung ebenfalls in seinem von ihm ausgeübten Antragsrecht verletzt; seine Klagebefugnis ergibt sich ferner aus den oben weiter angeführten Gründen; ähnlich im Ergebnis hierzu DRAEGER-Buchwitz-Schönefelder, a.a.O., § 143 f AVAVG Anm 8; andeutungsweise im Ergebnis auch KRANZ-HUBBERT, a.a.O., § 143 f AVAVG Erl B; für die Frage der Streitgenossenschaft zwischen Ag und Betriebsvertretung gilt das unten S.143 ff für das Verhältnis zwischen An und Ag Gesagte entsprechend, da die Rechtslage und die Fallgruppen gleich sind.

3) Im Ergebnis auch: KRANZ-HUBBERT, wie FN 2); DRAEGER-Buchwitz-Schönefelder, wie FN 2); LSG Rheinland-Pfalz, a. a. O.; einschränkend SCHIECKEL, a. a. O., § 143 I AVAVG Anm 3; a. A. wohl KREBS, a. a. O., § 143 f AVAVG Anm 53; zur Klagebefugnis des Adressaten im allgemeinen Verwaltungsrecht vgl ULE (Kommentar, § 42 VwGO Anm III 3), EYERMANN-PRÜHLER (a. a. O., § 42 VwGO Anm 91), verneinend allgemein FORSTHOFF (a. a. O., S. 495).

4) Klagebefugnis des Antragstellers beim Kurzarbeitergeld bejahen auch ROHWER-KAHLMANN, a.a.O., § 53 SGG RN 20; die Klagebefugnis des Ag, der den Antrag auf Kurzarbeitergeld stellte, bejaht ausdrücklich BSGE 16, 65 ff (66) unter Berufung auf Draeger-BUCHWITZ-Schönefelder, a.a.O., § 188 AVAVG Anm 7; diese Anmerkung ist jedoch inhaltsgleich mit DRAEGER-Buchwitz-Schönefelder, wie FN 3) zum Swg.

5) Vgl zum ähnlichen Fall, daß ein Feststellungsverfahren auf Leistungen durch einen Dritten zugunsten des Versorgungsberechtigten betrieben wird, BSG in SGB 62, S. 370 ff (372) mit Anmerkung von SCHIECKEL (SGB 62, S. 371 und 372).

6) LÜCKEHE (a.a.O., BB 62, S. 227) verneint, daß der Betriebsrat direkt nach § 70 SGG oder als Organ oder gesetzlicher Vertreter der Belegschaft nach §§ 70, 71 III SGG fähig ist, am Sozialgerichtsverfahren beteiligt zu sein; seine Argumente vermögen aber nicht zu überzeugen; auch die von ihm herangezogene Rechtsprechung deckt seine Ansicht nicht.

befugnis des Ag spricht auch, daß er gemäß §§ 143 I IV, 188 III, 1 AVAVG die Voraussetzungen für die konkreten Zahlungsansprüche der Bauarbeiter nachzuweisen hat ¹⁾, also kraft Gesetzes formell am Verwaltungsverfahren beteiligt ist ²⁾.

Verfolgt der Antragsteller diesen Anspruch des Bauarbeiters im sozialgerichtlichen Verfahren weiter, so geschieht dies ^{folglich} aus eigener Beschwer und damit aus eigenem Recht. ³⁾ Dies ist nicht bloß eine Prozeßstandschaft, da eine gesetzliche Ermächtigung, den Anspruch des Bauarbeiters gerichtlich geltend zu machen, fehlt ⁴⁾. Vielmehr hat nämlich vor allem der Ag ein ^{weiteres} eigenes berechtigtes Interesse, gegen die Ablehnung des Swg vorzugehen, und zwar wegen etwaiger Regreßansprüche der Bauarbeiter gegen ihn ⁵⁾. Auch aus diesem Grund hat das BSG ausdrücklich die Klagebefugnis des Ag anerkannt, dessen Antrag, Kurzarbeitergeld zu gewähren, abgelehnt worden war ⁶⁾. Einer Zustimmung des An zur Prozeßführung bedarf es daher nicht.

Da der Ag bzw. die Betriebsvertretung das Recht des Bauarbeiters geltend macht, so ist mit der erweiterten Leistungsklage ⁷⁾ auf Zahlung an den Bauarbeiter vorzuge-

-
- 1) Vgl hierzu unten S. 148 ff.
 - 2) Auch daraus leitete BSGE 16, 65 ff (66) ab, daß der Ag, der den Antrag auf Kurzarbeitergeld gestellt hat, klagebefugt sei; für das allgemeine Verwaltungsprozeßrecht bejahen Klagebefugnis aus diesem Grund z.B. EYERMANN-FRÖHLER, a.a.O., § 42 VwGO Anm 98.
 - 3) Im Ergebnis auch LSG Rheinland-Pfalz, a. a. O.
 - 4) Vgl statt vieler allgemein: ROHNER-KAHLMANN, a. a. O., § 53 SGG RN 19; PETERS-SAUTTER-WOLFF, a. a. O., § 198 SGG Anm 3 c; beachte auch BSGE 16, 65 ff (66); BSGE 10, 131 ff (134), ebenso BSGE 5, 169 ff (170) und allgemein auch BEINERT (a. a. O., S. 25) nehmen ausdrücklich an, zur Prozeßstandschaft bedürfe es einer Ermächtigung durch Gesetz; unter Berufung auf das BSG ebenso PETERS-SAUTTER-WOLFF, a. a. O. § 136 SGG Anm 1; vgl ferner allgemein BAUMBACH-LAUTERBACH, Zivilprozeßordnung, Kommentar, 27. Auflage, München und Berlin 1963, Grundzüge Anm 4 B vor § 50 ZPO.
 - 5) Vgl oben S. 127 ff.
 - 6) Vgl BSGE 16, 65 ff (66) und weitere Nachweise oben S. 140 FN 4); beachte auch FN 2).
 - 7) Vgl oben S. 135./136.

hen 1).

Natürlich wäre auch eine Klage des Ag oder der Betriebsvertretung, der der An zustimmt, zulässig, denn sie haben, wie ausgeführt, ein eigenes Interesse ²⁾. Aufgrund Abtretung des Anspruchs kann aber nicht geklagt werden, denn der Anspruch auf Swg ist nicht abtretbar ³⁾.

c) Klageverpflichtung des Ag und der Betriebsvertretung.

Aus dem oben Dargelegten ergibt sich, daß sowohl eine Klage des Inhabers des Anspruchs, also des Bauarbeiters, als auch eine Klage des Ag und der Betriebsvertretung zulässig ist. ⁴⁾

Da der Bauarbeiter selbst prozessieren kann, sind der Ag und die Betriebsvertretung nicht verpflichtet, den Anspruch auf Swg vor den SG gegen die BA zu verfechten ^{5) 6)}.

- 1) SCHIECKEL (a.a.O., § 143 I AVAVG Anm 3) meint irrig, der Ag müsse begehren, festzustellen, daß die BA verpflichtet sei, dem Bauarbeiter Swg zu zahlen; die Feststellungsklage nach § 55 I, Nr 1 SGG ist hier jedoch ausgeschlossen, weil dem Rechtsschutzbedürfnis des Klägers mit einer Klage nach § 54 IV SGG voll Genüge gegeben werden kann (vgl dazu oben S. 135/136); statt vieler richtig PETERS-SAUTTER-WOLFF, a.a.O., § 55 SGG Anm 7.
- 2) Vgl allgemein für den Zivilprozeß statt vieler BAUMBACH-LAUTERBACH, a.a.O., Grundzüge Anm 4 C vor § 50 ZPO; dort wird als Regel vorausgesetzt, daß eines eigenen Interesses an der Klage bedarf, wer vom Berechtigten ermächtigt ist, das Recht im eigenen Namen geltend zu machen; eindeutig so schon RGZ 91, 390 ff (397/398), denn der Zivilprozeß setzt als Regel voraus, daß der Anspruch in der Person des Klägers entstanden ist, kritisch hierzu ROSENBERG (Lehrbuch des Deutschen Zivilprozeßrechts, 9. Auflage, 3) Vgl oben S. 73/74. (München und Berlin 1961, S. 196.
- 4) Vergleichbare Fälle kommen z.B. auch im bürgerlichen Recht vor (vgl etwa § 1428 BGB und hierzu SCHEFFLER-KOENIGER, in BGB-RGRK, IV. Band, 1. Teil, 10. und 11. Auflage, Berlin 1960, § 1428 BGB Anm 7), sind aber hier wie dort Ausnahmefälle.
- 5) A.A. KRANZ-HUBBERT (a.a.O., § 143 f AVAVG Erl B), da sie dem Bauarbeiter zu Unrecht für nicht klagebefugt halten; in Bezug auf die Klage auf Kurzarbeitergeld nicht eindeutig BSGE 16, 65 ff (66).
- 6) Jedoch muß dem An mitgeteilt werden, und zwar vom Antragsteller, daß die BA den Antrag, ihm Swg zu gewähren, abgelehnt hat; dies ist eine Folge der Fürsorgepflicht des Ag bzw. der Betriebsvertretung, vgl dazu oben S. 111/112 und oben S. 112/113; unterbleibt die Mitteilung, so ist dies eine positive Forderungsverletzung.

5.) Notwendige Streitgenossenschaft und notwendige Beiladung.

Klagt der Ag oder der Bauarbeiter, so ist zu prüfen, ob eine Beiladung nach § 75, I SGG zweckmäßig oder nach § 75, II SGG notwendig ist ¹⁾. Gleiches gälte, falls die Betriebsvertretung anstatt des Ag klagen würde, aber sie kommt als Kläger praktisch nicht in Frage ²⁾. Deshalb scheidet auch in der Praxis eine gleichzeitige Klage von Ag, An und Betriebsvertretung aus. Für diesen Fall gälten die im folgenden darzulegenden Grundsätze ebenfalls ³⁾.

Auszugehen ist davon, daß die notwendige Beiladung nach § 75, II, 1. Halbsatz SGG und die notwendige Streitgenossenschaft nach § 74 SGG mit § 62, 1. Alternative ZPO die gleiche Fallgruppe betreffen ⁴⁾, wie vor allem der übereinstimmende Wortlaut dieser Vorschriften ergibt. Dies gilt umso mehr, wenn man die 1. Alternative des § 62 ZPO in Anlehnung an SCHWAB so bestimmt, daß Rechtskrafterstreckung bei einem Nacheinander von Prozessen in allen Fällen zu notwendiger Streitgenossenschaft bei

1) Vgl für das allgemeine Verwaltungsprozeß Recht § 65 VwGO.

2) Vgl hierzu oben S. 116/117 und oben S. 114.

3) Vgl zur Begründung oben S. 140 FN 2).

4) Ebenso PETERS-SAUTTER-VOLFF, a. a. O., § 75 SGG Anm 5 a, § 74 SGG Anm 2 d; HOFMANN-SCHROETER, a. a. O., § 75 SGG Anm 3; BSGE 13, 217 ff (219); wohl auch KREBS, Streitgenossenschaft, DOK 62, S. 437, 475; zu weit ROHWER-KAHLMANN, a. a. O., § 75 SGG RN 16.

einem Miteinander von Prozessen führt ^{1) 2)}. Die zweite Alternative des § 62 ZPO entfällt hier, da Ag und Bauarbeiter selbständig klagebefugt sind. - Auch die erste Alternative des § 62 ZPO ist nicht gegeben. Eine Vorschrift, daß sich die Rechtskraft immer auf den Bauarbeiter erstreckt, wenn der Ag - oder die Betriebsvertretung - auf Swg klagt, fehlt. ³⁾ Wegen § 141 SGG wäre dies aber erforderlich, um Rechtskrafterstreckung annehmen zu können ⁴⁾. -

Der Fall, daß der Ag bzw. die Betriebsvertretung den Prozeß führt und der Bauarbeiter zustimmt, ist auch nicht dem Fall gleichzusetzen, daß jemand aus fremdem Recht klagt und der Berechtigte damit einverstanden ist, wobei sich die Rechtskraft auf den Berechtigten erstreckt ⁵⁾.

-
- 1) Vgl SCHWAB, Die Voraussetzungen der notwendigen Streitgenossenschaft, in Festschrift für Friedrich LENT, München und Berlin 1957, S. 271 ff (280); dem hat sich ROSENBERG (a.a.O., S. 468 gegen frühere Auflagen) angeschlossen; die abweichende Rechtsprechung des RG trifft Fälle, die hier nicht vorkommen, wie KREBS (Streitgenossenschaft DOK 62, S. 437) zu Recht ausführt; vgl diese Rechtsprechung bei BAUMBACH-LAUTERBACH, a.a.O., § 62 ZPO Anm 2; auf ROSENBERG berufen sich für das allgemeine Verwaltungsprozeßrecht zu Unrecht EYERMANN-FRÖHLER (a.a.O., § 65 VwGO Anm 27), denn sie übernehmen die Rechtsprechung des RG.
 - 2) Für § 62 ZPO und § 75, II, 1. Halbsatz SGG sinngemäß richtig BSGE 3, 142 ff (156); zu § 62 ZPO ebenso PETERS-SAUTTER-WOLFF (a.a.O., § 74 SGG Anm 2 d), nicht aber zu § 75, II, 1. Halbsatz SGG (a.a.O., § 75 SGG Anm 5 a); ungenau BSGE 11, 262 ff (265/266); ungenau HOFMANN-SCHROETER, a.a.O., § 75 SGG Anm 3; anders, aber ohne klare Linie, ROHWER-KAHLMANN, a.a.O., § 74 SGG RN 6.
 - 3) Eine solche Regelung gab es zeitweise für die Klage des Ag auf Kurzarbeitergeld; vgl hierzu ROHWER-KAHLMANN, a.a.O., § 75 SGG RN 16.
 - 4) Noch enger KREBS, Streitgenossenschaft, DOK 62, S. 476; für das allgemeine Verwaltungsprozeßrecht mit der § 141 SGG entsprechenden Norm des § 121 VwGO andeutungsweise richtig EYERMANN-FRÖHLER, a.a.O., § 65 VwGO Anm 36; allgemein richtig ROSENBERG, a.a.O., S. 198; allgemein überwiegend richtig BEINERT, a.a.O., S. 38/39, 41.
 - 5) Vgl für den Zivilprozeß ebenso ROSENBERG (wie FN 4) mit weiteren Nachweisen; vgl auch SCHWAB a.a.O., S. 290; für den gleichgesetzten Fall ebenso PETERS-SAUTTER-WOLFF, a.a.O., § 141 SGG Anm 3 c; zu weit BAUMBACH-LAUTERBACH (a.a.O., § 325 ZPO Anm 5 Ba) und unter Berufung darauf ROHWER-KAHLMANN (a.a.O., § 75 SGG RN 16 mit § 53 SGG RN 20).

Hier kann nämlich der Ag auch mit Zustimmung des An wegen § 93 I AVAVG ¹⁾ nicht über den Anspruch verfügen, der Ag wird vielmehr aus eigenem Recht tätig.

Klagen daher Ag bzw. Betriebsvertretung und Bauarbeiter, so sind sie keine notwendigen Streitgenossen. Klagt einer, so würde dieses Urteil keine Rechtskraftwirkung äußern gegenüber dem anderen, der später klagt. Eine Rechtskraft-erstreckung tritt - anders ausgedrückt - bei einem Nach-einander von Prozessen nicht ein, obwohl - was zu betonen ist - der Streitgegenstand der gleiche ist ²⁾. Eine Bei-ladung ist folglich nicht notwendig im Sinne des § 75 II SGG ³⁾. In diesem Falle ist jedoch eine einfache Beiladung möglich, sogar sehr ratsam und zweckmäßig ⁴⁾. Die recht-lichen Interessen des Bauarbeiters werden nämlich bei Klage des Ag berührt, weil über seinen Anspruch entschieden wird ⁵⁾. Die rechtlichen Interessen des Ag werden bei Klage des Bauarbeiters berührt, weil das Begehren des Klägers mittelbar darauf gerichtet sein kann, seine Rechtsstellung für einen

1) Vgl. oben S. 72 ff (73/74).

2) Wegen Identität des Streitgegenstandes allein gibt es keine notwendige Streitgenossenschaft, wie SCHWAB (a.a.O., S. 281) ausführt; dies verkennt LSG Rheinland-Pfalz, a. a. O.

3) A. A. LSG Rheinland-Pfalz, a. a. O.; KREBS (a. a. O., § 143 f AVAVG Anm 53) hält Beiladung des Ag weder für notwendig noch für erforderlich; DRAEGER-Buchwitz-Schönefelder (a. a. O., § 143 I AVAVG Anm 2 mit § 148 AVAVG Anm 6, 7) nehmen wohl generell notwendige Bei-ladung der An bei Klage des Ag oder der Betriebsver-tretung an.

4) Wie FN 3; zu den Rechten des einfach Beigeladenen vgl BSGE 3, 142 ff (157, 158), BRACKMANN (a.a.O., S. 234 x, S. 234 y), MELLWITZ (a.a.O., § 75 SGG Anm 20) mit wei-teren Nachweisen, PETERS-SAUTER-WOLFF (a.a.O., § 75 SGG Anm 7a); zur unterschiedlichen Stellung des Beige-ladenen und des Streitgenossen vgl BSGE 3, 142 ff (156), KREBS (Streitgenossenschaft, DOK 62, S. 437), vgl auch ROHWER-KAHLMANN (a.a.O., § 75 SGG RN 3 ff), ungenau MELLWITZ (a.a.O., § 75 SGG Anm 2).

5) Vgl. oben S. 72 ff und oben S. 136/137.

Prozeß gegen den Ag vor dem Arbeitsgericht zu begründen, falls die Klage vor dem SG abgewiesen wird 1) 2). Wird gemäß § 75 I SGG beigeladen, so gilt § 141 SGG, das Urteil wirkt für und gegen den einfach Beigeladenen 3).

1) Zum Regelfall vgl oben S. 127 ff, insbesondere S. 127 FN 3).

2) Bereits nach BSGE 11, 262 ff (265, 266) begründete selbst das direkt darauf gerichtete Begehren keine notwendige Beiladung; diese Entscheidung wurde, jedenfalls im Ergebnis, in Richtung auf die hier vertretene Ansicht korrigiert durch BSGE 13, 217 ff (219).

3) Ausdrücklich PETERS-SAUTTER-WOLFF, a.a.O., § 141 SGG Anm 3 c; BRACKMANN, a.a.O., S. 234 y; HOFMANN-SCHROETER, a.a.O., § 75 SGG Anm 1; MELLWITZ, a.a.O., § 75 SGG Anm 20; andeutungsweise auch ROHWER-KAHLMANN, a.a.O., § 141 SGG RN 28 mit § 136 SGG RN 2 und § 69 SGG RN 1; zu weiteren Folgen der Beiladung vgl BSGE 11, 262 ff (266 mit 267), KREBS (Streitgenossenschaft, DOK 62, S. 475).

D) Das Dreiecksverhältnis zwischen Ag, BA und
Bauarbeiter.

Die Normen der §§ 143 I III und IV AVAVG und die darin für anwendbar erklärten Vorschriften regeln, was der Ag nachweisen muß, wer das Swg berechnet und auszahlt und wann Beträge vom Empfänger zurückzufordern sind. Die Bestimmungen des § 143 I III AVAVG werden inhaltlich wiederholt durch §§ 143 I IV, 188 III 1, 188 IV, 1 AVAVG. Da § 143 I IV AVAVG umfassender als § 143 I III AVAVG auf § 188 III bis V AVAVG und die danach anwendbaren Normen verweist, ist § 143 I III AVAVG entbehrlich ¹⁾. Als Rechtsgrundlage wird daher in dieser Arbeit § 143 I IV AVAVG mit den darin für sinngemäß anwendbar erklärten Bestimmungen herangezogen, soweit als Rechtsgrundlage § 143 I III AVAVG oder § 143 I IV AVAVG in Frage steht.

Die Einzelheiten des Verfahrens für die Gewährung von Swg richten sich nach den Verfahrensvorschriften für die Lohnausfallvergütung. Was nicht unmittelbar für das Swg von Bedeutung ist, kann daher nicht dargelegt werden. Dies gilt z.B. für §§ 143 I IV, 188 IV, 1 AVAVG mit § 186 AVAVG ²⁾ und einige der übrigen danach anwendbaren Vorschriften, ferner vor allem für § 185 AVAVG ³⁾, der auch für die Arbeitslosenhilfe, die Lohnausfallvergütung, in der Arbeitsvermittlung, teilweise auch im Kindergeldver-

1) Im Ergebnis auch DRAEGER-Buchwitz-Schönefelder, a.a.O., § 143 I AVAVG Anm 27.

2) Vgl. oben S. 80; vgl. auch den ähnlichen Fall des § 90, I BSHG und beachte § 90, III BSHG.

3) Speziell in Bezug auf das Swg erläutern diese Vorschrift KRANZ-HUBBERT (a.a.O., § 143 I AVAVG Erl 0); zu § 185 I AVAVG vgl. oben S. 124/125, zu § 185 III AVAVG vgl. unten S. 154 ff.

fahren als Rechtsgrundlage heranzuziehen ist ¹⁾).

I.) Nachweis der Voraussetzungen des konkreten Zahlungsanspruchs des Bauarbeiters.

Die Normen der §§ 143 I, IV, 188, III, 1 AVAVG begründen für den Ag die weitere gesetzliche Fürsorgepflicht ²⁾, den konkreten Zahlungsanspruch des Bauarbeiters nachzuweisen ³⁾.

1.) Umfang der Nachweispflicht.

Beantragt der Ag Swg, indem er die Swg-Abrechnungsliste einreicht, so erklärt er damit gleichzeitig, daß seine Angaben nach bestem Wissen gemacht wurden und daß er die Swg-Anleitung und das Swg-Merkblatt beachtet hat ⁴⁾. Dadurch werden §§ 206, Nr 3, 212, I, 4 mit § 212, II AVAVG in der Regel anwendbar, falls der Ag die Nachweispflicht nicht oder unvollständig erfüllt. Das heißt, daß der Ag der BA zum Ersatz des ihr daraus entstehenden Schadens verpflichtet ist und sich außerdem strafbar macht.

2.) Nachweis oder Glaubhaftmachung.

Ein Nachweis ist geführt, wenn Unterlagen vorhanden sind, die vernünftige Zweifel an der Richtigkeit des Behaupteten ausschließen. Aus dem Wort "Nachweis" im Gegensatz zum präsenten "Beweis" ist zu entnehmen, daß es zulässig ist, auf nicht mit eingereichte, aber bereitgehaltene Urkunden Bezug

1) Vgl Draeger-BUCHWITZ-Schönefelder, a.a.O., § 185 AVAVG Anm 1.

2) Vgl zu den bisher erörterten Pflichten des Ag oben S. 111/112.

3) Vgl die Swg-Abrechnungsliste; vgl auch die Übersicht der Voraussetzungen bei KRANZ-HUBBERT, a.a.O., § 143 I AVAVG Erl H.

4) Vgl die Swg-Abrechnungsliste.

zu nehmen ¹⁾.

Glaubhaft ist ein Anspruch gemacht, wenn soviel dargetan wird, daß gut möglich ist, daß er besteht ²⁾. Durch §§ 143 I IV, 188, IV, 1 AVAVG wird auch § 174 AVAVG anwendbar. Diese Vorschrift verpflichtet den An, seine persönlichen Verhältnisse ³⁾ dem Ag glaubhaft zu machen ⁴⁾. Muß der An diese Tatsachen dem Ag nur glaubhaft machen, so kann der Ag sie seinerseits dem AA nicht "nachweisen", sondern ebenfalls nur glaubhaft machen, denn der Ag verwendet ja die Angaben des An. Es ist daher davon auszugehen, daß sich §§ 143 I, IV, 188, III, 1 AVAVG nicht auf die Tatsachen beziehen, die in § 174, I AVAVG angesprochen sind; diese sind auch vom Ag nur glaubhaft zu machen ⁵⁾.

3.) Verpflichtung des Az.

Nur dem Ag obliegt gemäß §§ 143 I IV, 188 III, 1

-
- 1) Die Swg-Abrechnungsliste läßt daher im Ergebnis zu Recht genügen, daß der Ort angegeben wird, an dem sich die Lohnunterlagen befinden; ähnlich auch KRANZ-HURBERT, a.a.O., § 143 I AVAVG Erl H.
 - 2) Sinngleich KRANZ-HURBERT (wie FN 1)) und Draeger-BUCHWITZ-Schönefelder (a.a.O., § 174 AVAVG Anm 6); da der Begriff der Glaubhaftmachung auch in anderen Gesetzen, vor allem in der ZPO, verwendet wird, kann auf die dort vorgenommene Auslegung verwiesen werden; vgl dazu statt vieler RAUCHBACH-LAUTERBACH, a.a.O., § 294 ZPO Anm 1A; ROSENBERG, a.a.O., S. 539.
 - 3) Vgl insbesondere § 143 g IV AVAVG in der ab 1.11.63 geltenden Fassung und § 174 I, 2 AVAVG; vgl auch Draeger-BUCHWITZ-Schönefelder, a.a.O., § 174 AVAVG Anm 4; ungenau KRANZ-HURBERT, wie FN 1), vgl auch Erlaß II, 4.54, Abs 2.
 - 4) Richtig DRAEGER-Buchwitz-Schönefelder, a.a.O., § 143 I AVAVG Anm 19; KRANZ-HURBERT (wie FN 1)) haben dem keinen Gedanken gewidmet.
 - 5) A.A. DRAEGER-Buchwitz-Schönefelder (a.a.O., § 143 I AVAVG Anm 19), der meint, für alle Tatsachen genüge Glaubhaftmachung; widersprüchlich KREBS, a.a.O., § 143 I AVAVG Anm 21 gegen Anm 17; SCHIECKEL (a.a.O., § 143 I AVAVG Anm 6) übersieht, daß die Vorschriften über die Lohnausfallverütung nur sinngemäß anzuwenden sind.

AVAVG der Nachweis, niemals der Betriebsvertretung, sollte sie auch die Anzeige erstattet und den Antrag eingereicht haben ¹⁾. Verletzt der Ag seine Pflicht, so ist von Amts wegen zu ermitteln,²⁾ der Antrag kann deswegen nicht abgelehnt werden ³⁾. Der Ag ist der BA jedoch zum Ersatz des Schadens verpflichtet, der daraus entsteht, daß der Ag vorsätzlich oder fahrlässig seine Pflicht, die Voraussetzungen der konkreten Zahlungsansprüche der An nachzuweisen, verletzt hat. Dies ergeben §§ 143 I, IV, 188, III, 1, 206, Nr 3 AVAVG ⁴⁾ ⁵⁾ ⁶⁾. Kann der Ag Tatsachen nicht nachweisen, weil der Bauarbeiter die ihm dem Ag gegenüber obliegende Pflicht verletzt hat, seine persönlichen Verhältnisse, nämlich Familienstand, Zahl und Alter der Kinder ⁷⁾, glaubhaft zu machen ⁸⁾, dann dürfte der Ag regelmäßig nicht fahrlässig gehandelt haben. Es käme dann keine Haftung des Ag zum Zuge, sondern das Swg wäre nach Maßgabe des § 185 AVAVG zurückzufordern ⁹⁾, wenn irrtümlich deswegen zu viel Swg bewilligt wurde.

II.) Berechnung und Auszahlung.

1.) Rechtsgrundlagen.

Durch Rechtsverordnung kann der Ag gemäß § 143 I IV, 188 V AVAVG verpflichtet werden, das Swg zu berechnen und

- 1) Zutreffend ENDERLEIN (Schlechtwettergeld, Arbeitskammer 60, S. 27) und KRANZ-HUBBERT (a.a.O., § 143 I AVAVG Erl H).
- 2) Vgl §§ 143 I, IV, 188, IV, 1, 176 AVAVG; vgl auch §§ 218 bis 222 AVAVG; vgl ferner KRANZ-HUBBERT, a.a.O., § 143 I AVAVG Erl P, richtig KREBS, a.a.O., § 143 I AVAVG Anm 18.
- 3) Ebenso DRAEGER-Buchwitz-Schönefelder, a.a.O., § 143 I AVAVG Anm 19.
- 4) Vgl vor allem oben S. 148; andeutungsweise KRANZ-HUBBERT, a. a. O., § 143 f AVAVG Erl D, ausdrücklich § 143 I AVAVG Erl H, aber unter irriger Berufung auf §§ 823 ff BGB; beachte auch, daß ferner § 204 AVAVG gilt, hierzu richtig Draeger-BUCHWITZ-Schönefelder, a. a. O., § 204 AVAVG Anm 1.
- 5) Vgl auch Draeger-BUCHWITZ-Schönefelder, a. a. O., § 206 AVAVG Anm 3, Anm 4.
- 6) Diese öffentlichrechtlichen Pflichten strahlen auch wieder in das privatrechtliche Av aus, vgl dazu oben S. 111/112.
- 7) Vgl oben S. 149 FN 3).
- 8) Ähnlich KREBS, a. a. O., § 143 I AVAVG Anm 16.
- 9) Vgl hierzu unten S. 157 ff.

das Swg auszus zahlen ¹⁾. Dies ist bisher noch nicht geschehen. Nach § 209 AVAVG wäre notwendig, daß der Bundesrat dem Erlaß einer solchen Rechtsverordnung zustimmt ²⁾, denn Rechtsgrundlage ist nicht allein § 188 V AVAVG. Wäre anderes gewollt gewesen, so hätte man § 143 I IV AVAVG in § 209 AVAVG durch die Änderungsgesetze zum AVAVG aufnehmen können, ebenso wie dies mit § 143 n I, § 143 g V n.F. AVAVG geschehen ist.

Die Vorschriften der §§ 143 I IV, 188 III, 2 AVAVG ermöglichen es dem AA, im Einzelfall das Swg durch den Ag errechnen und auszahlen zu lassen ³⁾. Dies geschieht zur Zeit durch die Swg-Anleitung I, Nr 4, Abs 2 in Verbindung mit der Swg-Abrechnungsliste.

2.) Stellung des Ag.

Da dem Ag diese Obliegenheiten aufgebürdet sind, so ist die Rechtslage ähnlich der bei der Auszahlung des Kindergeldes und - umgekehrt - der bei der Einbehaltung der Lohnsteuer und der Sozialversicherungsbeiträge ⁴⁾. Die Aufbürdung stellt ein öffentlichrechtliches Schuldverhältnis zwischen Ag und BA her ⁵⁾, das nicht dadurch bewältigt werden kann, daß man die Regeln über den Auftrag

-
- 1) Dies kann der Ag nur, wenn ihm das Swg bereits angewiesen worden ist, er ist nicht vorleistungspflichtig; im Ergebnis auch DRAEGER-Buchwitz-Schönefelder, a.a.O., § 143 I AVAVG Anm 24.
 - 2) Wohl auch Draeger-BUCHWITZ-Schönefelder, a.a.O., § 209 AVAVG Anm 1; a.A. SCHIECKEL, a.a.O., § 143 I AVAVG Anm 7.
 - 3) Ähnlich KRANZ-HUBBERT, a.a.O., § 143 I AVAVG Erl J; ungenau DRAEGER-Buchwitz-Schönefelder, a.a.O., § 143 I AVAVG Anm 20; CZICZOR (a.a.O., RdA 60, S. 366) hält dies für einseitig und nachteilig, verkennt aber, daß das Swg auch dem Ag Vorteile bringt, vgl dazu oben S. 16/17.
 - 4) Vgl dazu SCHNORR VON CAROLSFELD (Arbeitsrecht, S. 202 ff/203, 204 ff) und SCHNORR VON CAROLSFELD (in Anm zu BAG AP Nr 5. Nr 8 zu § 670 BGB und in Anm zu Steuerrechtsprechung in Karteiform, -§ 38 EStG, Nr 28).
 - 5) Für Streitigkeiten sind damit nach § 51 SGG die SG zuständig.

oder die Geschäftsbesorgung direkt oder analog anwendet ¹⁾. Da der Ag unentgeltlich berechnen und auszahlen muß, unterliegt das Rechtsverhältnis auch nicht den Bedingungen des Arbeitsrechts ²⁾. Im Grunde ist das Rechtsverhältnis eine Folge des öffentlichrechtlichen Zwangsverhältnisses zwischen BA, Bauarbeiter und Ag, an dem der Ag deshalb beteiligt ist, weil sein Unternehmen zu den Betrieben des Baugewerbes gehört ³⁾ und § 143 e AVAVG erfüllt ist ⁴⁾. Der Bauarbeiter ist daran nach § 143 f AVAVG beteiligt ⁵⁾.

3.) Haftung des Ag und Freiwerden des AA.

Der Ag trägt die Gefahr der Auszahlung des Swg ⁶⁾. Das bedeutet, daß er dafür einstehen muß, wenn er das Swg anderen Personen als den anspruchsberechtigten An aushändigt und diese An dann leer ausgehen. Der Ag haftet auch für die Richtigkeit der Berechnung der konkreten Zahlungsansprüche der Bauarbeiter gemäß § 206, Nr 3 AVAVG mit §§ 143 I IV, 188 III, 2 AVAVG ⁷⁾. Da auch der Bauarbeiter der BA gegenüber haftet ⁸⁾, wenn er zu Unrecht Swg empfing, so erscheint dies nicht unbillig ⁹⁾.

- 1) Vgl allgemein statt vieler FORSTHOFF, a.a.O., S. 164/165; vgl auch oben S. 151 mit FN 4); anders ist die Verurteilung durch den Ag zu beurteilen, vgl hierzu unten S. 154 ff; a.A. in Bezug auf den Auftrag wohl DRAEGER-BUCHWITZ-Schönefelder, a.a.O., § 185 AVAVG Anm 17.
- 2) Vgl SCHNORR VON CAROLSFELD, Arbeitsrecht, S. 9; für die Rechtslage bei der Einbehaltung der Lohnsteuer- und Sozialversicherungsbeiträge, die ähnlich ist, richtig SCHNORR VON CAROLSFELD (Arbeitsrecht, S. 202 ff/203, 204 ff und in Anm zu den insoweit unrichtigen Entscheidungen BAG AP Nr 5 und BAG AP Nr 8 zu § 670 BGB).
- 3) Vgl oben S. 19 ff.
- 4) Vgl oben S. 37 ff; a.A. DRAEGER-Buchwitz-Schönefelder (a.a.O., § 143 d AVAVG Anm 22), der übersieht, daß der Betrieb als solcher nicht Träger von Rechten sein kann, wie SCHNORR VON CAROLSFELD (Arbeitsrecht, S. 30) und etwa HUECK-Nipperdey (a.a.O., S. 95/96) mit Recht ausführen.
- 5) Vgl oben S. 62 ff, insbesondere S. 72/73.
- 6) Vgl DRAEGER-Buchwitz-Schönefelder (a.a.O., § 143 I AVAVG Anm 23) und das von ihnen gebrachte Beispiel.
- 7) DRAEGER-Buchwitz-Schönefelder, wie FN 6) aber Anm 20; vgl auch Erlaß 6.61; beachte ferner §§ 1, II, 6, 9 VwVG, die eingreifen, falls sich der Ag weigert, so im Ergebnis auch DRAEGER-Buchwitz-Schönefelder, wie FN 6), aber Anm 26; zu Überzahlungen durch Vertreter des Ag vgl unten S. 160.
- 8) Vgl dazu unten S. 157 ff.
- 9) A.A. CZICZOR, a.a.O., RdA 60, S. 366.

Der Bauarbeiter bestätigt in der Regel durch Unterschrift auf der Swg-Abrechnungsliste, daß ihm das dort errechnete Swg ausgezahlt wurde ¹⁾.

Nach §§ 143 I IV, 188 III, 3 AVAVG wird das Swg nachträglich für den Zeitraum ausgezahlt, für den es gewährt wird, nach § 143 g I, 1 AVAVG in der Fassung ab 1.11.63 also tageweise ²⁾. Es können deshalb keine Vorschüsse gewährt werden ³⁾. Zahlungen unter Vorbehalt und Abschläge sind nicht ausgeschlossen, falls sie nachträglich gewährt werden. Weil Vorbehaltszahlungen und Abschläge aber gesetzlich nicht ausdrücklich zugelassen sind, ist wegen § 165 AVAVG zu fordern, daß die Ansprüche dem Grunde nach feststehen ⁴⁾.

Wird der Ag verpflichtet, das Swg zu berechnen und auszu zahlen, so ändert sich dadurch die Rechtsnatur des Anspruchs auf Swg ⁵⁾ nicht ⁶⁾. Das Verlangen des AA soll das Verfahren vereinfachen, es soll und kann aber nicht einen gesetzlich fixierten öffentlichrechtlichen Anspruch des Bauarbeiters in eine privatrechtliche Forderung gegen den Ag umwandeln oder den Ag zum Empfänger des Swg machen ⁷⁾. Deshalb genügt es nicht, das Swg dem Ag auf dessen Konto zu überweisen, damit das AA frei wird, sondern das Swg muß dem Bauarbeiter gebracht

1) Vgl aber Swg-Anleitung Nr 20, II und Erlaß 16.20 bis 16.23; zu eng DRAEGER-Buchwitz-Schönefelder, a.a.O., § 143 I AVAVG Anm 21.

2) Beachte aber Swg-Richtlinien II, Nr 8; im Ergebnis auch DRAEGER-Buchwitz-Schönefelder (a.a.O., § 143 I AVAVG Anm 22) zur insoweit gleichen Rechtslage vor Inkrafttreten des 5. AndG.

3) A.A. DRAEGER-Buchwitz-Schönefelder, (a.a.O., § 143 I AVAVG Anm 24) in gewissem Widerspruch zu Draeger-BUCHWITZ-Schönefelder (a.a.O., § 91 AVAVG Anm 1) zum Arbeitslosengeld.

4) Ähnlich Erlaß 14.40 und 14.50; vgl auch Erlaß II, 14.41; zu weitgehend DRAEGER-Buchwitz-Schönefelder (wie FN 2) und KRANZ-HUBBERT (a. a. O., § 143 I AVAVG Erl J).

5) Vgl oben S. 72 ff (72/73).

6) Richtig DRAEGER-Buchwitz-Schönefelder, a.a.O., § 143 I AVAVG Anm 25.

7) Ebenso Draeger-BUCHWITZ-Schönefelder, a.a.O., § 185 AVAVG Anm 17; KRANZ-HUBBERT, a.a.O., § 143 I AVAVG Erl O; vgl auch unten S. 154 ff.

und ausgezahlt werden. Das Swg ist nämlich keine Holschuld, sondern Schickschuld ¹⁾, was sich daraus ergibt, daß gemäß §§ 143 I IV, 188 III, 1 AVAVG die Vorschriften der §§ 181 II, 170, 171 AVAVG für das Swg nicht anwendbar sind. Wäre zu befürchten, daß das Swg vom Ag veruntreut oder von Gläubigern des Ag gepfändet wird ²⁾, so müßte es z.B. durch Beauftragte des AA den Bauarbeitern direkt ausgezahlt werden ³⁾.

III.) Die Vorauslagung des Swg durch den Ag.

1.) Begriff und Wirkung der Vorauslagung.

Der Ag kann die Swg-Summen, die seine Bauarbeiter zu beanspruchen haben, diesen auszahlen, bevor ihm das Swg von der BA überwiesen wird. Er kann dann von der BA fordern, ihm den Wert des vorauslagten Betrages zu ersetzen ⁴⁾. Diese Vorauslagung, die in der Praxis die Regel ist, könnte als Forderungskauf, als Geschäftsführung ohne Auftrag oder als Abtretung zu qualifizieren sein. Eine Abtretung des Anspruchs auf Swg ist ausgeschlossen ⁵⁾. Damit dürfte auch ein Forderungskauf ausscheiden, denn er bedeutet vielfach eine stillschweigende Abtretung ⁶⁾. Die Zahlung des Ag ist vielmehr

-
- 1) Im Ergebnis auch Draeger-BUCHWITZ-Schönefelder, a.a.O., § 188 AVAVG Anm 9; andeutungsweise Erlaß 5.20.
 - 2) Dem steht § 93 I AVAVG nicht entgegen, da er nur den Anspruch des Bauarbeiters schützt; vgl hierzu oben S. 74; ähnlich Erlaß 5.20 und 5.30.
 - 3) Ähnlich DRAEGER-Buchwitz-Schönefelder, a.a.O., § 143 I AVAVG Anm 25; Draeger-BUCHWITZ-Schönefelder, a.a.O., § 188 AVAVG Anm 9; vgl auch Erlaß 5.20.

4) Ähnlich Erlaß 5.30.

5) Vgl oben S. 73/74.

6) Vgl allgemein VON TUREGG-KRAUS, a.a.O., S. 113; vgl für das Bürgerliche Recht statt vieler Palandt-DANCKELMANN, a.a.O., § 398 BGB Anm 1.

als Bewirkung der öffentlichrechtlichen Leistung der BA durch einen Dritten anzusehen ¹⁾, der hier nichts entgegensteht. Dadurch erlischt der konkrete Zahlungsanspruch des Bauarbeiters ²⁾, d.h. die Schuld der BA wird getilgt ³⁾. Der Rückgriff des Ag gegen die BA richtet sich nach seinem Rechtsverhältnis zu ihr, die Swg-Forderung des Bauarbeiters gegen die BA geht nicht auf den Ag über ⁴⁾. Der Anspruch des Bauarbeiters und der -im folgenden darzulegende- Anspruch des Ag aus öffentlichrechtlicher Geschäftsführung ohne Auftrag sind also zwei verschiedene Ansprüche im Rahmen des Dreiecksverhältnisses zwischen BA, Ag und An ⁵⁾.

2.) Stellung des Ag bei der Verauslagung.

Für die Stellung des Ag bei der Verauslagung ist entscheidend, daß der Ag außerhalb seiner ihm auferlegten Nachweis-, Berechnungs- und Auszahlungspflichten ⁶⁾ handelt, also ohne Auftrag und ohne Befehlsgewalt ⁷⁾. Der Ag ist -anders ausgedrückt- weder vom Gesetz noch durch die Swg-Richtlinien

1) § 267 BGB analog.

2) Vgl für das Gebiet des Zivilrechts § 362 BGB; vgl auch Palandt-DANCKELMANN, a.a.O., § 267 BGB Anm 4.

3) § 362 BGB analog.

4) Vgl für das Fürverliche Recht statt vieler Palandt-DANCKELMANN, a.a.O., § 267 BGB Anm 5.

5) Davon geht anscheinend Erlaß 5.30 und 15.63 auch aus.

6) Vgl oben S. 148 ff und oben S. 150 ff (151).

7) Vgl zu diesem Kriterium HAMANN, Die öffentlichrechtliche Geschäftsführung ohne Auftrag, NJW 55, S. 481 ff (482).

eingeschoben, um den Bauarbeitern aus eigener Tasche Vorschüsse auf das Swg zu zahlen.

Der Ag wird einmal verauslagen, wenn er weiß, daß auf seinen Antrag hin Swg bewilligt worden ist. Seine Zahlung steht damit in engem Sachzusammenhang mit dem Verwaltungsakt über den Antrag auf Swg, sie bildet mit diesem eine Einheit. Damit liegt eine öffentlichrechtliche Geschäftsführung ohne Auftrag vor ¹⁾.

Für den Fall, daß der Ag verauslagt hat, bevor der Antrag auf Swg beschieden ist, was in der Praxis sehr häufig vorkommt, greifen ebenfalls die Grundsätze über die öffentlichrechtliche Geschäftsführung ohne Auftrag ein. Auch hier verauslagt der Ag nämlich nur im Hinblick auf den erhofften Bescheid, der enge Sachzusammenhang mit diesem ist also gegeben.

3.) Anspruch des Ag gegen die BA.

Der Ag hat aus dieser öffentlichrechtlichen Geschäftsführung ohne Auftrag gegen die BA einen Anspruch auf Ersatz seiner Aufwendungen, nämlich des von ihm verauslagten Geldes ²⁾.

Die Höhe des Anspruchs des Ag gegen die BA bemißt sich nicht nach dem, was er verauslagt hat, sondern nach dem Verwaltungsakt, soweit dieser die Höhe der konkreten Zahlungsansprüche der Bauarbeiter richtig fixiert. Dies ergibt eine analoge Anwendung der §§ 683, 670 BGB, ferner ein Umkehrschluß aus §§ 678, 679 BGB. Danach ist zwar das subjektive vernünftige Ermessen des Geschäftsführers, also hier des Ag, Maß der Aufwendungen. Der Ag darf aber hierbei dem Interesse unter Berücksichtigung des Willens des Geschäftsherrn, also

1) Vgl allgemein HAMANN, a.a.O., NJW 55, S. 481, 483.

2) Vgl allgemein HAMANN, a.a.O., NJW 55, S. 481, 483.

der BA, nicht schuldhaft entgegenhandeln ¹⁾.

Der Anspruch des Ag aus öffentlichrechtlicher Geschäftsführung ohne Auftrag schließt einen öffentlichrechtlichen Bereicherungsanspruch des Ag nach §§ 812 ff BGB analog aus ²⁾, worauf auch § 185 IV AVAVG hindeutet ³⁾. Falsch wäre auch, den Anspruch des Ag als "Erstattungsanspruch" zu bezeichnen ⁴⁾. Ein Erstattungsanspruch ist nämlich das Verlangen der Verwaltung von einem Einzelnen, die Zuwendung zurückzugewähren ⁵⁾. - Der Anspruch des Ag unterfällt nicht § 93 I AVAVG ⁶⁾, denn der Ersatz von Aufwendungen aus öffentlichrechtlicher Geschäftsführung ohne Auftrag ist keine Leistung nach dem AVAVG, sondern beruht auf allgemeinen Verwaltungsrechtsgrundsätzen. - Für Streitigkeiten über den Ersatz dieser Kosten sind wegen der Generalklausel des § 51 SGG die SG zuständig ⁷⁾.

IV.) Rückforderung der Swg-Beträge vom Bauarbeiter.

1.) Allgemeines.

Wird vor Bewilligung und Überweisung des Swg festge-

-
- 1) Vgl für das Bürgerliche Recht statt vieler Palandt-GRAMM, a.a.O., § 683 BGB Anm 4-3.
 - 2) Vgl statt vieler allgemein FORSTHOFF, a.a.O., S. 160/161; a.A. allgemein HAMANN, a.a.O., S. 482.
 - 3) Vgl auch Draeger-BUCHWITZ-Schönefelder, a.a.O., § 185 AVAVG Anm 32. (Auwirkungen, BABl 60, S. 278).
 - 4) So unrichtig Erlaß 5.30; dem Sinne nach unrichtig KRANZ, EENDERLEIN (Schlechtwettergeld, Arbeitskammer 60, S. 27).
 - 5) So schon LASSAR, Der Erstattungsanspruch im Verwaltungs- und Finanzrecht, Berlin 1921, S. 104 ff (106); vgl auch BACHOF, Rechtsprechung, S. 275/276; FORSTHOFF, a.a.O., S. 160/161.
 - 6) Im Ergebnis ebenso Erlaß 5.30.
 - 7) Allgemein ähnlich ROHWER-KAHLMANN (a.a.O., § 51 SGG RN 17), die die Erledigung öffentlichrechtlicher Aufgaben aus den Rechtsgebieten der Sozialgerichtsbarkeit durch private Personen (z.B. Ag) § 51 SGG unterordnen; vgl auch MELLWITZ (a.a.O., § 51 SGG Anm 4) zur Geschäftsführung ohne Auftrag.

stellt, daß in der Swg-Abrechnungsliste höhere Beträge ausgewiesen wurden, als der An zu beanspruchen hat, so darf nur das dem An zu Recht zustehende Swg bewilligt und überwiesen werden ¹⁾. Gleiches gilt, wenn der Ag zu viel vorauslagt hat ²⁾.

Wird erst nach Bewilligung, Überweisung und Auszahlung des Swg ³⁾ festgestellt, daß einzelne An zu viel Swg erhalten haben, so muß unterschieden werden, ob die Überzahlung auf einem Verschulden des Ag oder des An beruht und ob der Ag vorauslagt hat.

2.) Rückforderung bei Verschulden des An.

- a) Ohne Vorauslagung des noch zu gewährenden Swg durch den Ag.

Gemäß §§ 143 I, IV, 188, IV, 1, 185, I und II AVAVG ist der konkrete Zahlungsanspruch des An auf Swg zu entziehen, wenn zu Unrecht Beträge an Swg geleistet wurden; diese sind zurückzufordern ³⁾. Das AA kann die zurückgeforderten Beträge unter den Einschränkungen der §§ 143 I, IV, 188, IV, 1, vor allem des § 187, Satz 1 AVAVG vom Swg oder Arbeitslosengeld einbehalten, das dem rückzahlungspflichtigen An zu gewähren ist, falls er weitere Arbeitsausfälle infolge Sw hat oder später arbeitslos wird ⁴⁾. Geht das AA gemäß § 187, Satz 1 AVAVG vor, so ist dies eine kraft gesetzlicher Ausnahmevorschrift zulässige Aufrechnung gegen den Anspruch

1) Richtig Erlaß 15.60.

2) Vgl zur Begründung oben S. 156/157; der Ag hat dann gegen den An einen Anspruch aus §§ 812 ff BGB auf das von ihm zu viel vorauslagte Geld.

3) Falls der Ag vorher nicht ausgezahltes Swg rüberweist, gilt Erlaß II, 17.22, 17.43, a.

4) Wegen § 143 f, III, 3 AVAVG, der nur § 96, I AVAVG für anwendbar erklärt (vgl oben S. 75), gilt § 185, III AVAVG seinem Wortlaut nach für das Swg nicht: Ohne Begründung auch DRAEGER-Buchwitz-Schönefelder, a. a. O., § 143 d AVAVG Anm 6; ungenau Draeger-Buchwitz-Schönefelder, a. a. O., § 185 AVAVG Anm 1; ungenau KRANZ-HUBBERT, a. a. O., § 143 I AVAVG Erl 0.

5) Ebenso Erlaß 15.63; vgl auch Erlaß II, 15.42.

auf Swg ¹⁾. Nach § 394, 1 BGB könnte, falls die Vorschrift analog anwendbar wäre, gegen eine unpfändbare Forderung nämlich nicht aufgerechnet werden. Da aber § 93, I, AVAVG den Anspruch auf Swg nur für unpfändbar erklärt ²⁾, soweit gesetzlich nichts anderes bestimmt ist, sind gesetzliche Ausnahmen von der Unpfändbarkeit möglich; damit sind auch gesetzliche Ausnahmen vom Verbot, gegen den Anspruch auf Swg aufzurechnen, möglich ³⁾.

b) Bei Vorauslagung des noch zu gewährenden Swg durch den Ag.

Hat der Ag das noch zu gewährende Swg vorauslagt, so kann die BA mit einem Rückforderungsanspruch nach § 185 I AVAVG, der sich immer gegen den oder die Bauarbeiter richtet, gegen die Forderung des Ag auf Ersatz des von ihm vorauslagten Geldes grundsätzlich nicht nach § 387 BGB analog aufrechnen. Es fehlt nämlich an der Gegenseitigkeit der Forderungen ⁴⁾. Willigt der Ag jedoch ausdrücklich ein, daß gegen seine Forderung aufgerechnet wird, so kann darin eine Übernahme der Schuld des An gesehen werden, und zwar nach § 414 BGB, entsprechend angewandt, d. h. durch Vertrag des Ag mit der BA, der nicht der Zustimmung des An bedarf. Dadurch tritt der Ag an die Stelle des rückzahlungspflichtigen An, d. h. er wird Schuldner des Rückforderungsanspruches der BA. Dann besteht ein Rückforderungsanspruch der BA nach § 185 II AVAVG gegen den Ag und ein Anspruch des Ag aus öffentlichrechtlicher Geschäftsführung ohne Auftrag, der gegen die BA auf Ersatz des vom Ag vorauslagten Swg gerichtet ist. Somit kann die BA mit ihrem Rückforderungsanspruch gegen den Ag aufrechnen ⁵⁾. - Willigt der Ag nicht ein, so verbleibt es bei den Möglichkeiten, die gegeben

1) Allgemein ebenso Draeger-BUCHWITZ-Schönefelder, a.a.O., § 93 AVAVG Anm 3 und Anm 5.

2) Vgl oben S. 73/74.

3) Im Ergebnis allgemein auch Draeger-BUCHWITZ-Schönefelder, wie FN 1).

4) Im Ergebnis ohne jede Begründung auch Erlaß 15.63, vgl zur Begründung oben S. 154/155.

5) Im Ergebnis ohne nähere Begründung auch Erlaß 15.63.

sind, wenn der Ag nicht verauslagt hat ¹⁾.

V.) Rückforderung bei Vertretenmüssen des Ag.

Hat der Ag die Überzahlung des Swg zu vertreten ²⁾, so hat die BA gegen ihn einen Schadensersatzanspruch ³⁾. Dieser Schadensersatzanspruch ist aufrechenbar gegen etwaige Ansprüche des Ag gegen die BA. Insbesondere ist auch hier wieder aufzurechnen gegen einen Anspruch des Ag gegen die BA aus öffentlichrechtlicher Geschäftsführung ohne Auftrag, gerichtet auf Ersatz des Swg, das er den Bauarbeitern später verauslagt hat ⁴⁾.

1) Vgl oben S. 158/159.

2) Vgl zum Begriff des Vertretenmüssens SCHNORR VON CAROLSFELD, Arbeitsrecht, S. 207.

3) Vgl oben S. 148, 150, 152.

4) Sinngemäß richtig Erlaß 15.70, vgl auch Erlaß 15.71.

V I E R T E S K A P I T E L

E r r e b n i s s e u n d V o r s c h l ä g e

Die hier aufzuzeigenden Erfahrungen und Anregungen beziehen sich aufgrund des Zieles dieser Arbeit ¹⁾ primär auf die Voraussetzungen und das Verfahren bei der Gewährung von Swg. Sie beruhen im wesentlichen auf den in den vorstehenden Kapiteln gewonnenen Erkenntnissen. - Wegen des engen Zusammenhangs des speziellen Zwecks des Swg mit dem Ziel der Vorschriften des Unterabschnitts C des Vierten Abschnitts des AVAVG ²⁾ war es unabweisbar, kurz auch auf die allgemein mit den Vorschriften der §§ 143 a bis 143 n AVAVG erzielten Ergebnisse einzugehen.

A) Auswirkungen des Swg.

I.) Die Höhe der Inanspruchnahme des Swg und ihre Abhängigkeit von der Witterung.

Es ist unstrittig, daß die Zahl der in jedem Winter ausfallenden Tagewerke immer noch primär vom Verlauf des Wetters abhängt ³⁾.

1) Vgl oben S. 5 ff, insbesondere S. 7/8.

2) Vgl oben S. 13 ff.

3) Vgl Bericht, BABl 62, S. 879, 881, 906 bis 909 (Übersichten 6 bis 7 a), ferner S. 900 bis 903 (Übersichten 1 bis 4); zustimmend KRANZ, Bericht, Querschnitt, Sonderdruck November 62, S. 4; vgl auch Erfahrungsbericht, S. 3; teils anders LFO, S. 10, 11.

Bei Wintern mit häufigem, tagweisen Arbeitsausfall, nämlich 59/60, 60/61 ¹⁾ dürfte die BA insgesamt weniger Swg, Arbeitslosengeld für arbeitslose Bauarbeiter, Zuschüsse und Darlehen an Bauherren und Ag, Trennungshilfen, Arbeitsausrüstung und Fahrkostenzuschüsse für Bauarbeiter gewährt haben, als sie ohne das "Winterbaugesetz" an Arbeitslosengeld für die Bauarbeiter hätte aufbringen müssen ²⁾. Allerdings ist es sehr schwierig, abzuschätzen, was die BA hätte aufwenden müssen ³⁾.

In den langen, starken Frostperioden des Winters 62/63 zahlte die BA an Swg und den oben angeführten Leistungen nach §§ 143 a bis 143 c AVAVG über eine Milliarde DM ⁴⁾. In der Swz 61/62 zahlte die BA insgesamt rund 560 Millionen DM ⁵⁾, in der Swz 63/64 rund 700 Millionen DM ⁶⁾. Die Ausgaben der BA für die Swz 64/65 werden sich - geschätzt - auf rund 500 Millionen DM belaufen. In der Swz 62/63 erreichte allein das ausgezahlte Swg einschließlich der Leistungen für die Krankenversicherung eine Höhe von ca. 880 Millionen DM ⁷⁾. Diese Ausgaben für das Baugewerbe sind mehr als das Vierfache von dessen Beiträgen und dürften daher auch durch das Solidaritätsprinzip nicht mehr gedeckt werden ⁸⁾, das damit überdehnt wird,

1) Vgl Bericht, BABl 62, S. 906 und 907/908 (Übersichten 6 und 7), ferner S. 881.

2) Erfahrungsbericht, S. 12; vgl auch KNOBLOCH, Schlechtwettergeld und Förderung der Bautätigkeit im Winter, NJW 61, S. 162; "hs", 30 Millionen Schlechtwettertage, ArbuSozPol 62, S. 152; für 60/61 ebenso GERLAND, a. a. O., S. 62, ungenau S. 141, zu allgemein S. 143, a. A. für 59/60 auf S. 62; für 59/60 ebenso REHKER, a. a. O., RdA 61, S. 195; SCHLÖSSER, (a. a. O., NJW 60, S. 182), meinte, man erwarte wesentliche Einsparungen.

3) Vgl hierzu Erfahrungsbericht (S. 11), auch Bericht (BABl 62, S. 882 und 883).

4) Vgl Erfahrungsbericht, S. 12; teils mißverständlich Wirtschaftsbild 63, Nr 45, S. 1; für 61/62 vgl auch Bericht, BABl 62, S. 916 (Übersicht 12. a).

5) Wie FN 1); Erfahrungsbericht II, S. 2, 18.

6) Erfahrungsbericht II, S. 18.

7) vgl Erfahrungsbericht S. 2.

8) Ebenso Erfahrungsbericht II, S. 18.

und das Arbeitslosengeld, das ohne das 2. und 3. ÄndG in den Wintern 61/62, 62/63, 63/64, 64/65 hätte aufgebracht werden müssen, erheblich übersteigen ¹⁾.

II.) Rückgang der Arbeitslosigkeit.

Die Zahl der Bauarbeiter, deren Av im Winter aufrechterhalten blieben, die also nicht entlassen wurden, ist jeden Winter beträchtlich gewachsen, seitdem Swg gewährt wird ²⁾, sogar im extrem kalten Winter 62/63 ³⁾. Beispielsweise betrug die Zahl arbeitsloser Bauarbeiter im Winter 57/58 im Durchschnitt 460545, während in der Swz 61/62 im Durchschnitt nurmehr 50736 Bauarbeiter arbeitslos waren. - Der spezielle Zweck des Swg ⁴⁾ ist damit erreicht worden ⁵⁾. - Dies beruhte in den ersten Swz wohl mehr auf dem Willen der Ag als auf dem der Bauarbeiter ⁶⁾.

-
- 1) Teils ebenso Erfahrungsbericht S. 12; teils wohl auch HEMPELMANN, Gewogen, ABA 63, S. 79; für 61/62 a. A. statt vieler: Bericht, BABl 62, S. 882 und 883; "hs", 30 Millionen Schlechtwettertage, ArbuSozPol 62, S. 152; KNOBLOCH, Erfolgreicher Winterbau, ArbuSozPol 62, S. 359 ff (360); derselbe, Bericht, Arbeiterversorgung 62, S. 199; allgemein a. A.: IFO, S. 57, 58; SCHNEIDER, Mal was Positives, Bauwirtschaft 65, S. 373/374/374; LIEBICH, Arbeitslosengeld billiger als Schlechtwettergeld?, Bauwirtschaft 63, S. 371 ff(373); die Berechnungen sind alle sehr anfechtbar.
 - 2) Vgl Bericht, BABl 62, S. 884, 895, 910 und 913 (Übersichten 8, 8 a, 10); Erfahrungsbericht, S. 2; teils ebenso GERLAND, a.a.O., S. 24/25, 32/33.
 - 3) Dies belegt der Aufwand an Swg.
 - 4) Vgl oben S. 13 ff (15/16).
 - 5) Vgl auch unten S. 165; zu kritisch GERLAND, a. a. O., S. 32/33, gemäßiger S. 63, 140.
 - 6) SCHILL, Zwischenbilanz, ArbuSozR 62, S. 24; SCHNAAS, Winterbau, ArbuSozPol 62, S. 14; Bericht, BABl 62, S. 883 und 884; vgl auch Erfahrungsbericht, S. 2.

III.) Förderung des Winterbaus.

Das Ziel des Gesetzes, das ganzjährige Bauen zu fördern ¹⁾, ist in den Wintern 59/60 und 60/61 in großem Umfange erreicht worden ²⁾, wenn man dieses Ziel aus betriebswirtschaftlichem Blickwinkel sieht, also die Erfolge daran mißt, ob das Jahresbauvolumen ausgeweitet wurde. - Die Zahl der ausgefallenen Tagewerke betrug nämlich in der Bundesrepublik Deutschland mit West-Berlin in der Swz 59/60 11,9 Millionen, 60/61 12,1 Millionen ³⁾. Die Zahl der geleisteten Arbeitsstunden betrug -ohne West-Berlin- in der Swz 59/60 898,3 Millionen und 60/61 946 Millionen, während z.B. im Winter 57/58 nur 724,5 Millionen und 58/59 nur 854,4 Millionen Arbeitsstunden abgeleistet wurden ⁴⁾. - Vom volkswirtschaftlichen und sozialpolitischen Standpunkt aus gesehen, wurde das Ziel des Gesetzes nicht erreicht, denn 59/60 und 60/61 war man von einer gleichmäßigen zeitlichen Verteilung der geleisteten Arbeitsstunden weit entfernt, der Abfall zum Winter war immer noch beträchtlich ⁵⁾.

In der Swz 61/62 gingen im Baugewerbe in der Bundesrepublik Deutschland und West-Berlin wegen ungünstiger Witterung über 31 Millionen Tagewerke verlo-

1) Vgl oben S. 13/14 .

2) Vgl Bericht, BABl 62, S. 913 (Übersicht 10), S. 919 (Übersicht 14), S. 920 (Übersicht 15); zutreffend SCHMAAS, Winterbau, ArbuSozPol 62, S. 15; insoweit richtig auch KRANZ, Winterbau in den USA und Kanada, BABl 62, S. 19 ff(19); für 60/61 ähnlich richtig GEISEL, Ganzjährige Beschäftigung im Baugewerbe wird Realität, ArbuSozR 61, S. 107 und 108(107 und 108); a.A.: GERLAND, a.a.O., S. 84/85, 131; Erfahrungsbericht, S. 6 und 7 in gewissem Gegensatz zu S. 12; anonym(Winterbau - nur statistischer Erfolg, ArbGeb 60, S. 103 und 104/103) für 59/60; ungenau IFO, S. 39, 39 ff (43,44).

3) Bericht, BABl 62, S. 909 (Übersicht 7a); Erfahrungsbericht, S. 2 .

4) Vgl Bericht, BABl 62, S. 913(Übersicht 10b);vgl auch S. 919 (Übersicht 14).

5) Vgl GERLAND (a. a. O., S. 74 ff mit S. 14/15, ungenau S. 144); nicht exakt genug IFO, S. 9/10 (9).

ren ¹⁾. In der Swz 62/63 fielen über 60 Millionen, in der Swz 63/64 über 37 Millionen und in der Swz 64/65 über 32 Millionen Tagewerke aus ²⁾. Die im Winter 61/62 geleisteten 860, 2 Millionen Arbeitsstunden waren kaum mehr als die im Winter 58/59 geleisteten 854,4 Millionen Arbeitsstunden, obwohl im Durchschnitt der Swz 61/62 fast 250.000 Bauarbeiter mehr in einem ungekündigten Av standen, als im Durchschnitt der 5 Wintermonate 58/59 ³⁾. Es wird dabei nicht verkannt, daß der Winter 58/59 milder war, seit 58/59 die tariflichen Arbeitszeiten um 4,8% gesenkt wurden und das Lohnniveau stieg und daß ein Großteil der in einem Av stehenden Bauarbeiter wegen Sw zeitweise mit der Arbeit aussetzen mußte. Andererseits ist zu beachten, daß der Auftragsdruck und der seither infolge Abwanderung steigende Arbeitermangel im Sommer den Winterbau forcierten ⁴⁾. Außerdem wird nicht außer Acht gelassen, daß die Bauleistung im Winter pro Stunde geringer ist, so daß die geleisteten Arbeitsstunden kein ganz genauer Maßstab sind. Zudem steigt im Zuge der zunehmenden Rationalisierung und Mechanisierung die Produktion im Bauhauptgewerbe stärker als die Zahl der geleisteten Arbeitsstunden. Dennoch besteht im jahreszeitlichen Verlauf nach wie vor ein enges Abhängigkeitsverhältnis zwischen geleisteten Arbeitsstunden und industrieller Nettoproduktion im Bauhauptgewerbe ⁵⁾. - Es muß daher verneint werden, daß in der Swz 62/63 die Arbeitsleistungen - und damit die Produktion - erheblich gesteigert wurden ⁶⁾, auch die Winter 61/62, 63/64, 64/65 brachten keinen nennenswerten

1) Bericht, BABl 62, S. 909 (Übersicht 7a); Erfahrungsbericht, S. 2.

2) Erfahrungsbericht S. 2; Erfahrungsbericht II, S. 2.

3) Vgl Bericht, BABl 62, S. 913 (Übersicht 10).

4) Vgl hierzu auch Bericht, BABl 62, S. 919 und 920 (Übersichten 14 und 15); vgl ferner Erfahrungsbericht (S.11), GERLAND (a.a.O., S.131).

5) Vgl hierzu GERLAND, a.a.O., S. 80 ff(82/84), speziell zur geringeren Quantität der Arbeitsleistung pro Zeiteinheit S. 87 ff.

6) Eine zusätzliche Wertschöpfung trat daher nicht ein; ähnlich Erfahrungsbericht S. 6; anders allgemein IFO, S. 39 ff (40/41), 62/63, 87.

Erfolg ¹⁾ in betriebswirtschaftlicher Hinsicht.

Eine andere Frage ist, in wie weit die zeitliche Kapazitätsreserve dieser Ausfalltagewerke überhaupt hätte genutzt werden können. Geht man von der wohl zu pessimistischen Schätzung von GERLAND aus, der die Ausfalltage wegen Sw, wegen Arbeitslosigkeit und wegen der "Betriebsruhe" zwischen den Jahren zuzurechnet und für 1960 eine theoretische Kapazitätsreserve von 10,2 % und eine im Rahmen der bisherigen Winterbaupraxis effektiv realisierbare Kapazitätsreserve von 3% im Bauhauptgewerbe annimmt ²⁾, so gewinnen die unten aufgezeigten Vorschläge - insbesondere für Winterbaustellen ³⁾ - an Wert.

Das Swg, die Darlehen und Zuschüsse bewirkten folglich nur in Swz mit häufigem, tageweisen Arbeitsausfall ⁴⁾, daß mehr gebaut wurde ⁵⁾. In strengen Wintern ⁶⁾ blieb durch das Swg die Zahl arbeitsloser Bauarbeiter gering, ohne daß mehr als in früheren Wintern gearbeitet wurde und ohne daß sich die sommerlichen Spitzen der Baukonjunktur abflachten. Das höhere Swg trat dann praktisch an die Stelle des Arbeitslosengeldes ⁷⁾, die bisher von den AA erfaßte Arbeitslosigkeit wurde zumeist lediglich in die Betriebe verlagert ⁸⁾. Dabei müßten

1) Ähnlich Erfahrungsbericht, S. 6, 12; a. A. für 61/62 statt vieler: Bericht, BABI 62, S. 883; "hs", 30 Millionen Schlechtwettertage, ArbuSozPol 62, S. 152; SCHILL, Zwischenbilanz, ArbuSozR 62, S. 23 und 24; VON LUCADOU, Baujahr 1961 mit neuen Rekorden, DVolkSW 62, S. 19 ff (19); KNOBLÖCH, Bericht, Arbeiterversorgung 62, S. 200.

2) Vgl GERLAND, a.a.O., S. 116 ff (127).

3) Vgl unten S. 177 ff.

4) Vgl oben S. 162.

5) Ähnlich Erfahrungsbericht, S. 12; zu kritisch HEMPELMANN (Gewogen, ABA 63, S. 78) und GLAUBRECHT (Winterbau und Schlechtwettergeld, ABA 63, S. 114 und 115/115).

6) Vgl oben S. 162.

7) A.A. für 61/62 statt vieler Bericht (BABl 62, S. 882) und KNOBLÖCH (Bericht, Arbeiterversorgung 62, S. 198).

8) Ebenso Erfahrungsbericht, S. 6; a.A. für 61/62 Bericht, BABl 62, S. 882.

sich die Vorschriften bei schlechter Auftragslage und genügend Arbeitskräften erst wirklich bewähren ¹⁾. - Auch das -volkswirtschaftlich und sozialpolitisch gesehene- Ziel des Gesetzes ²⁾ wurde daher nicht erreicht. SCHILL meint, selbst wenn durch das Swg lediglich die Av aufrechterhalten worden wären, wäre dies bereits ein sozialpolitischer Erfolg ³⁾. Dem wäre entgegenzuhalten, daß dadurch das Prinzip des § 36 AVAVG, daß Vermittlung der Unterstützung vorgeht, verletzt wird und eine Vielzahl brachliegender Arbeitskräfte im Winter durch den Baumarkt gebunden wurden, weil sie nicht vermittelt wurden ⁴⁾. Dadurch fehlten auch Kräfte für Winterarbeiten anderer Art, z.B. Schneeräumen. - Dieser Mißerfolg beruht in erster Linie darauf, daß der einzelne Bauarbeiter nicht durch Aussicht auf höheren Verdienst angespornt wird, auch bei längeren Frostperioden unter den Arbeiterschwernissen einer ordnungsgemäß eingerichteten Winterbaustelle weiterzuarbeiten ⁵⁾. Die Schlechtwettergeldregelung enthält insoweit eine Lücke ⁶⁾. Arbeitsschutz und fürsorgereiche Maßnahmen allein genügen nicht ⁷⁾. Außerdem wurden in sämtlichen Swz viel zu wenig Baustellen winterfest eingerichtet. ⁸⁾ ... was sich ge-

- 1) Richtig SCHILL, Zwischenbilanz, ArbuSozR 62, S. 23.
- 2) Vgl oben S. 13/14.
- 3) SCHILL, Zwischenbilanz, ArbuSozR 62, S. 24, IFO, S. 22 ff.
- 4) Vgl zu den Gründen oben S. 76 ff (78); auf diesen Nachteil weist mit Recht auch SCHNAAS (Winterbau, ArbuSozPol 62, S. 15) hin.
- 5) Vgl oben S. 16; richtig STEPHAN, 4 Jahre Winterbautätigkeit, Schriften, Nr 33, S. 6 ff (7).
- 6) Ebenso STEPHAN, wie FN 5).
- 7) A.A. offenbar KRANZ, Vorschriften, BABl 59, S. 814.
- 8) Ebenso SCHNAAS, Winterbau, ArbuSozPol 62, S. 15; anonym, Zur Schlechtwettergeldregelung des Baugewerbes, ArbGeb 61, S. 565 ff (566); Bericht, BABl 62, S. 896; vgl auch KRANZ, Winterbau in den USA und Kanada, BABl 62, S. 19 ff (26); vgl ferner GERLAND, a.a.O., S. 35, 86; zum Problem der Winterbaustellen vor Erlass des 2. ÄndG vgl DERWALD, Kontinuierliche Bautätigkeit - auch im Winter?, KVg 59, S. 47 und 48 (48); IFO, S. 32/33, 28/29, 92 ff.

rade in den harten Wintern 61/62 und 62/63 besonders nachteilig auswirkte. Vor allem vergab auch die Öffentliche Hand seit jeher viel zu wenig Bauaufträge für Winterbauten ¹⁾, obwohl sie mit gutem Beispiel hätte vorangehen müssen ²⁾.

B) Rechtsanwendung und Folgerungen ³⁾.

I.) Voraussetzungen des Swg.

1.) Kreis der zugelassenen Betriebe und Swz.

Es wurde empfohlen, den Kreis der Betriebe, in denen es zulässig ist, Swg zu gewähren, zu erwei-

-
- 1) Erfahrungsbericht, S. 4; KNOBLOCH, Erfolgreicher Winterbau, ArbuSozPol 62, S. 359 ff (360); SCHNAAS, Winterbau, ArbuSozPol 62, S. 14 und 15; vgl auch Bericht, BABl 62, S. 885; IFO, S. 12/13; vgl ferner GERLAND, a.a.O., S. 91 ff; a.A.: KRANZ, Bericht, Querschnitt Sonderdruck November 62, S. 2; REHKER (a.a.O., RdA 61, S. 197) für 59/60.
 - 2) Memorandum, BABl 58, S. 674; KRANZ, Problematik, BABl 59, S. 30; SCHMIDT, Verwaltungsprobleme, S. 33; vgl auch das Schreiben des Bundeswirtschaftsministers (BABl 61, S. 767 ff), den auf der Konferenz der Arbeitsminister und -senatoren der Länder des Bundesgebietes gefaßten Beschluß (abgedruckt in RdA 59, S. 184) und GERLAND (a. a. O., S. 91 ff/92 und 93); teils anders IFO, S. 17; beachte auch KRANZ, Der Winterbau im Widerstreit der Meinungen, ABA 64, S. 281 ff, ABA 65, S. 5 ff (64, S. 282).
 - 3) Zu den hier bei allgemein zu beachtenden Faktoren vgl Bericht, BABl 62, S. 877, 881; vgl auch Erfahrungsbericht S. 7.

tern ¹⁾. Auch Betriebe der Baustoffindustrie, Betriebe, die Sand und Kies gewinnen, Mörtel, Edelputz oder Fertigbeton herstellen, und Landschaftsgärtner seien in die Aufzählung der zugelassenen Betriebe aufzunehmen ²⁾. Abgesehen davon, daß dies ohne entsprechende TV oder sonstige Vereinbarungen sinnlos wäre ³⁾, würde damit das Gesetz seinen Charakter als Sonderregelung für das Baugewerbe ⁴⁾ verlieren ⁵⁾. - Es wird vielmehr zu überlegen sein, ob man den Teil des Straßenbaugewerbes, der bituminöse Fahrbahndecken herstellt, ausklammern sollte, weil auf diesen Baustellen kaum Schutzmaßnahmen für das Weiterbauen im Winter ⁶⁾ getroffen werden können ⁷⁾.

Dachdecker beziehen mehr Swg als Arbeiter anderer Baubetriebe, weil ihre Weiterarbeit noch mehr vom Wetter abhängt ⁸⁾. Das Dachdeckergewerbe wurde später in den Kreis der zugelassenen Betriebe einbezogen ⁹⁾. Der Verfasser, der selbst in der Swz

1) Vgl oben S.19 , welche Betriebe zur Zeit einbezogen sind.

2) Laut Bericht, BABl 62, S. 890; SCHILL (Zwischenbilanz, ArbuSozR 62, S. 25) meint, es sei zu prüfen, ob auch Betriebe, die Sand und Kies gewinnen, einbezogen werden sollten.

3) Vgl oben S.30 ff.

4) Vgl oben S.19 ff.

5) So auch Bericht, BABl 62, S. 890; auch die Ag lehnten aus tariflichen Gründen ab, daß die Landschaftsgärtner bezugsberechtigt werden sollen, vgl hierzu Niederschrift II, S. 9; anders IF0, S. 83/84; richtig Schnellbrief-Gartenbau gegen HUBBERT (Zur Möglichkeit der Einbeziehung des Landschaftsgartenbaues in die Schlechtwettergeldregelung, Information 64, S. 213/214).

6) Vgl zu diesem Erfordernis unten S.177 ff.

7) Vgl LAA-Bericht II/4a; vgl zur besonderen Witterungsabhängigkeit des Straßenbaugewerbes auch GERLAND (a.a.O., S.77ff); gegen neue Abgrenzung allgemein Bericht, BABl 62, S. 890.

8) Vgl Bericht, BABl 62, S. 890; im Bezirk des LAA Nordbayern liegen die Arbeitsausfälle etwa um 20% über dem Durchschnitt; vgl hierzu LAA-Bericht II/4b.

9) Vgl oben S. 8.

u.a. als Dachdeckerhelfer gearbeitet hat, kann aus eigener Sachkunde nicht bestätigen, daß dadurch das Bauvolumen in der Swz wächst ¹⁾.

Geht man von der Zahl der Tage, an denen die Temperatur nicht über 0 Grad Celsius gestiegen ist ²⁾, aus, die auf die einzelnen Wintermonate in den Jahren 57/58 bis 61/62 entfallen ³⁾, so erscheint es durchaus vertretbar, die Swz ⁴⁾ erst ab 1. Dezember beginnen und am 31. März enden zu lassen ⁵⁾. - Vor dem Inkrafttreten des 2. ÄndG war die erste "Entlassungswelle" von Bauarbeitern Ende November zu verzeichnen ⁶⁾. Diese würde aber nicht wieder auftreten, wenn die Swz ab 1.12. begönne, dem der Auftragsdruck und das lockende Swg dürften die Weiterarbeit zumindest bis zu diesem Zeitpunkt nahelegen. Eine solche Verkürzung erscheint ratsamer, als das Swg innerhalb der Swz nur für eine bestimmte Zahl von Tagen zu gewähren, wie es von der BA u.a. zur Debatte gestellt wurde ⁷⁾. Die Bezugsberechtigten wären dann nämlich bestrebt, die Bezugsdauer auf alle Fälle auszuschöpfen ⁸⁾, wodurch der Winterbau eher gehemmt werden würde. Nach Ablauf der Bezugsdauer wären

-
- 1) So Bericht (BABl 62, S. 890), der deshalb anregt, für das Berliner Dachdeckergerwerbe entsprechende TV abzuschließen.
 - 2) Sog. Eistage.
 - 3) Vgl Bericht, BABl 62, S. 904 bis 905 (Übersicht 5); vgl auch Bericht, BABl 62, S. 900 bis 903 (Übersichten 1 bis 4).
 - 4) Vgl oben S.26 ff.
 - 5) Im Ergebnis u. a.: IFO, S. 84/85; Erfahrungsbereich, S. 8; Ähnlich Erfahrungsbereich II, S. 19; vgl jedoch Niederschrift I, S. 8 und die dort geäußerten unterschiedlichen Meinungen; zu eng HEMPELMANN, Gewogen, A 63, S. 79.
 - 6) Bericht, BABl 62, S. 894; vgl auch oben S.27.
 - 7) Vgl Erfahrungsbereich, S. 7 bis 8; der sozialpolitische Ausschuß lehnte diesen Vorschlag überwiegend ab; vgl hierzu Niederschrift I, S. 7 bis 8.
 - 8) Dieses Bedenken wurde auch im sozialpolitischen Ausschuß vorgetragen; vgl hierzu Niederschrift, S. 8.

Entlassungen wahrscheinlich. Wegen der regionalen Unterschiede wäre aber eine Differenzierung notwendig, diese erscheint jedoch -ebenso wie bei § 143 n, I, 2 AVAVG ¹⁾ - nicht möglich ²⁾.

2.) Ganzjährige Arbeit.

a) Durch Steigerung des Arbeitswillens.

Der Arbeitsversuch nach § 143 e, III AVAVG ³⁾ ist an den betriebsüblichen Beginn der Arbeitsschicht gebunden ⁴⁾. Dies muß beibehalten werden ⁵⁾, da sonst die Bauarbeiter unter Umständen den ganzen Tag warten müßten, ob sich das Wetter bessert ⁶⁾.

Der Verdienst aus einem Arbeitsversuch war bisher nach § 143 g, II, 2, 2. Halbsatz AVAVG in der bis zum 31.10.63 geltenden Fassung vom Bemessungsentgelt abzusetzen ⁷⁾. Nach § 143 g, I, 3 mit § 143 g, IV, 2 AVAVG in der ab 1.11.63 geltenden Fassung ist die Zeit einer Beschäftigung nach § 143 e, III AVAVG von den für die Höhe des Swg nach § 143 g, I, 2, Nr 2 AVAVG in der ab 1.11.63 geltenden Fassung maßgebenden Ausfallstunden abzusetzen. Damit wird dem Bauarbeiter auch in Zukunft kein finanzieller Anreiz geboten, die Arbeit bei Schnee oder Frost aufzunehmen ⁸⁾. Es ist daher ratsam, Einkommen aus

1) Vgl oben S. 26 ff(28).

2) Wie FN 1).

3) Vgl oben S. 58 ff; ablehnend LFO, S. 77.

4) Vgl oben S. 60.

5) A.A. Schreiben II, S. 1.

6) Ähnlich Bericht, BABl 62, S. 891, vgl auch oben S. 60/61,

7) Mißverständlich Bericht, wie FN 6).

8) Vgl oben S. 167; dies wäre nicht systemwidrig, mindert doch z.B. auch Vor- und Nacharbeit den Anspruch auf Swg nicht; vgl hierzu oben S. 57/58; die Norm des § 143 g, IV, 1 AVAVG in der ab 1.11.63 geltenden Fassung steht diesem Ergebnis nicht entgegen, da sie sich auf Einkommen bezieht, das nicht aus Arbeitsversuchen stammt; vgl hierzu auch BT-Drucksache IV/1312 (S. 6), die zur Begründung der Anrechnung zur Hälfte auf § 95 AVAVG verweist.

Arbeitsversuchen nicht oder jedenfalls nicht vollständig vom Swg abzuziehen bzw. bis zu drei Stunden, an denen am Tag gearbeitet wurde, als Ausfallstunden, für die ein Anspruch auf Swg besteht, anzusehen. Den Wünschen, die Arbeitsversuche auf vier bis fünf Stunden auszudehnen ¹⁾, könnte dann allerdings nicht nachgekommen werden ²⁾, um den finanziellen Arbeitsanreiz für die BA nicht zu kostspielig zu gestalten.

Die Forderung, Swg für jede tatsächlich ausgefallene Arbeitsstunde zu gewähren ³⁾ ⁴⁾, würde bedeuten, daß § 143 e, I, Nr 2, § 143 f, I, Nr 2 und II AVAVG, ferner § 143 g geändert werden müßten. Abgesehen davon ist diese Forderung schon deshalb unerfüllbar, weil das Risiko für die BA zu groß wäre, denn die AA verlören jede Kontrollmöglichkeit ⁵⁾. Außerdem müßten die Bauarbeiter auch bei vier- bis fünfständigem Sw weiter auf den Baustellen ausharren, was zu Gesundheitsschädigungen führen könnte. Zumindest müßten dann - entsprechend § 5, II, 2 SWEG - entsprechende Unterkünfte zur Verfügung stehen, widrigenfalls keine Pflicht der An zur Anwesenheit bestünde. - Einfacher wäre, eine Prämie an jeden einzelnen Bauarbeiter für jeden von diesem in der Swz voll abgeleisteten Arbeitstag, entsprechend den Richtlinien zur wertschaffenden Arbeitslosenhilfe, auszuschütten ⁶⁾. Die Mittel hierfür könnten aus den infolge der Fortführung der Arbeit eingesparten Beträgen an Swg aufgebracht werden ⁷⁾ oder dadurch, daß das Swg nicht in der bis

1) Lt. Bericht, BABl 62, S. 891; gleiches wird im Schreiben II (S.1) angeregt.

2) Generell ebenso Bericht, BABl 62, S.891.

3) So SCHNAAS, Winterbau, ArbuSozPol 62, S. 17 FN 8); ebenso Schreiben II, S. 2; diese Forderung erwähnt auch Bericht (BABl 62, S. 891).

4) Auch die Neufassung des § 143 g AVAVG hält an der bisherigen Regelung fest; vgl hierzu BT-Drucksache IV/1312, S. 5.

5) Ähnlich auch Bericht, BABl 62, S. 891.

6) Vgl auch Niederschrift II, S. 6; ähnlich HEMPELMANN, Förderung, ABA 63, S. 200/201, 202; ablehnend IFO, S. 65 ff (69).

7) Vgl auch HEMPELMANN, wie FN 7), aber S. 201.

zum 31.10.63 festgelegten Höhe weitergezahlt wird¹⁾. Durch § 143 g AVAVG in der ab 1.11.63 geltenden Fassung werden jedoch die Beträge an Swg erhöht. - Als Rechtsgrundlage für die Gewährung von Prämien käme auch § 136 AVAVG in Betracht²⁾.

Den Arbeitswillen der Bauarbeiter in der Swz würde ein zu § 143 f III, 1 AVAVG geäußelter Gedanke hemmen. Diese Norm regelt auch, daß für Wochenfeiertage, an denen Sw herrscht, in der Swz Anspruch auf Swg besteht³⁾. Nach dem Entwurf des 5. ÄndG sollte der Anspruch auf Swg für alle Wochenfeiertage entfallen, weil diese Vorschrift mißbraucht worden sei und nicht zu rechtfertigen wäre, daß sie weitergilt⁴⁾. - Diese Argumentation bezeugt jedoch erheblichen Bedenken. Außerhalb der Swz ist nämlich der Lohnausfall für gesetzliche Wochenfeiertage von den Ag auch bei Sw zu vergüten⁵⁾. Das Gesetz würde daher die Bauarbeiter während der Swz schlechter stellen, als der BRTV außerhalb der Swz. Ein gesetzlicher Wochenfeiertag innerhalb der Swz, an dem Sw herrscht, wäre für den Bauarbeiter danach ein finanzieller

1) Letzteres wird z.B. im Bericht des LAA Nordbayern vorgeschlagen, vgl hierzu LAA-Bericht, I; dagegen fordern anonym (Zum Zeitgeschehen, KVg 60, S. 213 ff/216), anonym (Rückblick und Ausblick an der Jahreswende 1961/62, Ersk 62, S. 1 ff/7), anonym (Drittes Änderungsgesetz zum AVAVG, Ersk 60, S. 156), das Swg bis zum Betrag des Krankengeldes zu erhöhen; hiergegen wiederum KRANZ (Zur Frage der Krankenversicherung der Schlechtwettergeldbezieher, Arbeiterversorgung 60, S. 79 ff und 61, S. 17 ff/83).

2) Lt. Erfahrungsbericht (S. 8) will die FA aufgrund dieser Vorschrift u.U. dem Bauherrn oder An oder Ag einen Förderungsbetrag zukommen lassen für jedes trotz Swg im Januar und Februar abgeleistete Tagewerk; vgl hierzu auch Niederschrift I, S. 8, 9/10; Niederschrift II, S.6; vgl ferner HEMPELMANN, Förderung, ABA 63, S. 200, 201, 202.

3) Vgl oben S. 50 ff(52/53).

4) Vgl BT-Drucksache IV/1312, S. 2,5.

5) Vgl § 4, II, Abs 2 BRTV; vgl auch wie FN 3).

Verlust. Dies wäre unbillig ¹⁾. Außerdem würde dadurch hinsichtlich der Steigerung der Winterarbeit eine weitere, aber unnötige Lücke in den Vorschriften über das Swg geschaffen. Der angebliche Mißbrauch dieser Vorschrift könnte dadurch ausgeschlossen werden, daß genau geprüft wird, ob neben dem Feiertag nur das Sw Ursache des Arbeitsausfalls war ²⁾. Die bisherige Ordnung ist daher beizubehalten ³⁾. Dem entspricht die unveränderte Fassung des § 143 f III, 1 AVAVG durch das 5. ÄndG ⁴⁾.

Weiter wurde von der BA vorgetragen, Swg ergänzend zu gewähren, wenn der Ag selbst den Lohnausfall seiner Bauarbeiter infolge Sw ausgleicht ⁵⁾. Damit soll erreicht werden, daß jede sich bietende Möglichkeit, die Arbeit fortzusetzen, genutzt wird ⁶⁾. Dieser Gedanke ist nicht neu. Er wurde auch schon international befürwortet ⁷⁾. Ähnliche

1) Ähnlich Stellungnahme des Bundesrates, BT-Drucksache IV/1312, S. 8; a. A. Erfahrungsbericht II, S. 11.

2) Vgl oben S. 52 und 53.

3) Ebenso Zu BT-Drucksache IV/1493, S. 1.

4) Vgl das 5. ÄndG (BGBl I, S. 789), das ab 1.11.63 in Kraft getreten ist (Art V).

5) Vgl Erfahrungsbericht (S. 7) mit dem - allerdings schwachen - Hinweis auf die Entlohnung des Kurzarbeiters durch den Ag (§ 120, II, Nr 3 AVAVG); vgl Erfahrungsbericht II, S. 19; zustimmend u. a.: HEITMANN, Umdenken bei den Winterbau-Förderungsmaßnahmen, ABA 64, S. 52/53; KRANZ, Der Winterbau im Widerstreit der Meinungen, ABA 64, S. 281 ff, ABA 65, S. 5 ff (65, S. 6).

6) Erfahrungsbericht S. 7; vgl auch IFO, S. 75/76.

7) Vgl die von der XIII. Generalversammlung der IVSS angenommenen Schlußfolgerungen (Nr 9); zu deren Fundstellen und Resonanz vgl oben S. 5 FN 2).

Wege waren teils ab etwa 1952 im Saarland ¹⁾, in West-Berlin ²⁾, in Rheinland-Pfalz ³⁾, vor allem auch in Baden-Württemberg ⁴⁾ eingeschlagen worden ⁵⁾. Die der derzeitigen Swg-Regelung ähnliche saarländische Regelung des Lohnausgleichs bei witterungsbedingtem Entgeltausfall hatte je-

-
- 1) Die -mehrfach geänderte- gesetzliche saarländische Rechtsanordnung ist in ihrer Erstfassung abgedruckt im Amtsblatt des Saarlandes 1948, S. 206; vgl auch § 13 II des saarländischen Gesetzes Nr 628 (Amtsblatt des Saarlandes 1958, S. 1249); zur jetzigen Rechtslage vgl oben S. 9 FN. 1); vgl auch KRANZ, Problematik, BABl 59, S. 25.
 - 2) Diese Regelung ist abgedruckt im Verordnungsblatt für Groß-Berlin (1949 Teil I, S. 145, S. 247, S. 359; 1950, Teil I, S. 137) und im Gesetz- und Verordnungsblatt für Berlin 1951, S. 1147; vgl auch WEDDIGEN, a.a.O., S. 70/71.
 - 3) Die rheinland-pfälzische Regelung beruht auf der Tarifordnung für die Betriebe des Bau- und Baunebergwerbes zwecks Regelung der Arbeitsverhältnisse bei ungünstiger Witterung während der Wintermonate vom 2.10.1943 (RABl 1943 Teil IV, S. 702); diese Tarifordnung wurde durch Landesverfügung vom 30.9.1948 in bereinigter Fassung in Kraft gesetzt (Gesetz- und Verordnungsblatt Rheinland-Pfalz 1948, S. 172); auch HUBBERT (Vorschriften, SozSich 59, S. 230) erwähnt diese Regelung, die er allerdings (in FN 12)) falsch zitiert.
am 10.10.1952
 - 4) Die Ausfallunterstützung wurde durch Anordnung des Präsidenten der BA zugelassen (abgedruckt in DBl A 1952, S. 128 ff/130 und 131); zu dieser von Ag und Bauarbeitern bezahlten und aus rechtlichen Gründen gestoppten Ausfallunterstützung in Baden-Württemberg vgl vor allem WEDDIGEN (a.a.O., S. 63 ff), auch GERLAND (a.a.O., S. 9/10), STRAUSS (Ausfallunterstützung bei Außenarbeiten in Baden-Württemberg für den Winter 1952/53, ABA 53, S. 155 ff), BRODHUM (Winterarbeitslosigkeit in den Außenberufen, ABA 56, S. 97 ff), SCHILL (Wiedereinführung einer Schlechtwetterregelung, ArbuSozR 59, S. 107), BLUMENSAAT-GERLING-LEBER (a.a.O., S. 156); vgl ferner SCHILL, Möglichkeiten zu Eindämmung der Saisonarbeitslosigkeit, ArbuSozR 58, S. 9 und 10 (9).
 - 5) Teilweise darauf wurde auch im sozialpolitischen Ausschuß hingewiesen, vgl Niederschrift I, S. 7.

doch erhebliche Nachteile ¹⁾.

Der Beteiligung der Ag an den Kosten des Swg steht einmal entgegen, daß die Ag auf ihre Kosten die Betriebsbereitschaft auch während Sw aufrechterhalten müssen, zum anderen, daß die Ag z. B. allein je ungefähr 300 Millionen DM an Lohnausgleich und Übergangsbeihilfe zwischen Weihnachten/Neujahr 62/63 und 63/64 zahlen mußten ²⁾³⁾. Diese Beträge könnten allerdings verringert werden, wenn der Lohnausgleich -anders als bisher ⁴⁾- nur für die tatsächlich infolge der Feiertage und des Sw ausgefallenen Arbeitsstunden gewährt wird.⁵⁾ Auf der anderen Seite bietet die bisherige Regelung einen gewissen Anreiz, vom 28. bis 31.12. zu arbeiten ⁶⁾, denn Lohn-

1) Vgl statt vieler RT-Drucksache 1240, S. 28 und 29; ebenso DRAEGER-Buchwitz-Schönefelder, a.a.O., S 143 d. AVG Anm 29; KRANZ-HUBBERT, a.a.O., Einführung, S. 80; a.A. der Bundesrat, RT-Drucksache 1240, S. 24.

2) Vgl allgemein oben S. 36/37; zu den jährlichen Summen vgl die gemeinsame Presseerklärung des Zentralverbandes des Deutschen Baugewerbes e. V. und des Hauptverbandes der Deutschen Bauindustrie, "Winterbau und Schlechtwettergeld, abgedruckt in den "Nürnberger Nachrichten" vom 9./10. 2. 63, S. 21 und hierzu genauer IFO, S. 16; für 61/62 vgl auch Niederschrift I, S. 7.

3) Es wird dabei nicht verkannt, daß die Bauwirtschaft im Winter erheblich mehr Mittel erhält, als sie mit ihren Beiträgen zur Arbeitslosenversicherung aufbringt, vgl oben S. 162, oben S. 10 ff (12/13), oben S. 4; die BA hat berechnet, daß der Beitrag der An und Ag der Bauwirtschaft zur Arbeitslosenversicherung müßte nicht 1,3%, sondern 5% des Arbeitsentgelts betragen, damit die Gelder für den Winterbau allein durch die Beiträge der Ag und An des Baugewerbes aufgebracht werden könnten, vgl "Nürnberger Nachrichten" vom 8.7.1964, S. 11; dieses Argument muß jedoch gegenüber den im folgenden dargelegten Gründen zurücktreten.

4) Vgl oben S. 36.

5) Dagegen IFO, S. 77 ff (78, 80), S. 88, das sogar Verlängerung der Lohnausgleichsperiode befürwortet.

6) Anders KRANZ, Auswirkungen, BABI 60, S. 280; IFO, S. 16, 81.

ausgleich und Lohn ergeben dann beträchtliche Summen. - Die Beteiligung der Ag würde das Ziel des Gesetzes, die ganzjährige Bautätigkeit, nicht ernstlich gefährden, denn auch in Kleinbetrieben ¹⁾ würden viele Ag ihre Bauarbeiter deshalb im Winter nicht wieder entlassen ²⁾. Allerdings ist zu bedenken, daß die Ag das, was sie an Lohnausfallvergütung zahlen müßten, wieder auf die Winterbaukosten aufschlagen würden ³⁾. Gleiches dürfte geschehen, falls die Beträge der Ag und An des Bauwerbes zur Arbeitslosenversicherung erhöht werden würden ⁴⁾. Das dem Bauarbeiter von der BA abgenommene Risiko des witterungsbedingten Lohnausfalls kann auf die Ag nur so teilweise überwältzt werden, daß durch Beschränkung des Lohnausgleichs Geldmittel der Lohnausgleichskassen frei werden, die der BA als teilweiser Ausgleich für das von ihr weiterhin zu zahlende Swg zufließen ⁵⁾.

b) Durch Winterbaustellen.

Nach § 143 e, I, Nr 1 AVAVG muß der Arbeitsausfall ausschließlich durch Sw verursacht sein. Dies wird verschieden interpretiert ⁶⁾. Die Ausschließlichkeit zu verneinen, ist im Einzelfall oft schwierig. Obwohl das Sw als alleinige Ursache

-
- 1) Diese Betriebe mit weniger als 50 Bauarbeitern machen z.B. im Bereich des LAA Nordbayern 80% aller Baubetriebe aus; vgl hierzu LAA-Bericht, II/2.
 - 2) Dies lehren die Erfahrungen in den anderen vergleichbaren Ländern; vgl zu den dortigen Regelungen oben S. 11/12 und 29, vgl auch IFO, S. 76; a. A. die oben S. 176 FN 2) zitierte Presseerklärung.
 - 3) Könnten diese Kosten zur Bruttolohnsumme gerechnet werden, so müßte die BA über die Zuschüsse an Bauherren nach § 143 a AVAVG im Ergebnis diese Beträge den Ag rückerstatten; vgl auch IFO, S. 75, 76.
 - 4) Vgl aber KRANZ-HUBBERT, a. a. O., Vorwort zur 1. Auflage, S. 4.
 - 5) Anders IFO, S. 77 ff(80).
 - 6) Vgl oben S. 42 ff, vor allem S. 46 ff (49/50); anders HEITMANN, a. a. O., ABA 64, S. 53.

des Arbeitsausfalls zu Recht verneint wurde, kann dies manchmal unbillig sein ¹⁾. Die Swz 62/63 hat klar erkennen lassen, daß die zumutbaren Vorkehrungen selbstverständlicher Art, wie sie die BA fordert ²⁾, bei größeren Kälteperioden nicht ausreichen ³⁾. Zahlreiche Arbeitsausfälle hätten vermieden werden können, wenn rechtzeitig angemessene Vorsorge getroffen worden wäre, die Baustellen gegen Regen, Schnee und Frost zu schützen ⁴⁾. Es ist daher unabweisbar, § 143 e AVAVG unverzüglich dahin abzuändern, daß als materiellrechtliche Voraussetzung neben der Ausschließlichkeit eingefügt wird, daß auf der Baustelle die notwendigen Schutzvorkehrungen für das Bauen im Winter getroffen worden sind ⁵⁾. - Durch einen Katalog oder Richtlinien müßte festgelegt werden, was darunter zu verstehen ist ⁶⁾. In Frage kämen z.B. Schutzdächer in Holzkonstruktion, Stahlrohrgerüste, die mit Planen verkleidet werden, Kunststoffzelte und Traglufthallen ⁷⁾, soweit Rohbauten im Winter begonnen werden. Die Kosten dieses Winterschutzes müßten den Ag von der BA durch Zuschüsse ersetzt werden ⁸⁾. Schutzvorkehrungen für bereits fertiggestellte Rohbauten, z.B. Ölöfen, Heiz-

1) Vgl oben S.42 ff, vor allem oben S.43 ff.

2) Vgl Erlaß 2.11; vgl oben S.48.

3) Dies belegen die mehr als 60 Millionen ausgefallener Tagewerke; ebenso Erfahrungsbericht, S.4.

4) So auch Erfahrungsbericht, S. 4, vgl auch S.2 bis 3; für 60/61 zweifelnd GERLAND, a.a.O., S.126, siehe auch S.129,143; vgl auch oben S.162 und ferner oben S. 2/3.

5) Im Ergebnis auch Erfahrungsbericht, S. 7; BSE-Berater S. 13 ff; a. A. allgemein Bericht, BABl 62, S. 898; ungenügend ist der Vorschlag des Berichts (BABl 62, S. 896), die Tätigkeit der Gewerbeaufsichtsbeamten wirksamer zu gestalten; a. A. auch IFO, S. 37, S. 71.

7) Vgl zur Aufzählung Bericht, BABl 62, S. 896; IFO, S. 33 ff.

7) Vgl zur Aufzählung Bericht, BABl 62, S.896; IFO, S.33 ff.

8) Hierzu müßte § 143 b AVAVG unbedingt auf "verlorene" Zuschüsse erweitert werden: im Ergebnis auch IFO, S. 84; vgl auch Erfahrungsbericht II, S. 16; ähnlich Schreiben I, S. 3; auch eine Weitergabe der Mittel aus § 143 a AVAVG an die Ag wurde angeregt, vgl Niederschrift I, S. 6.

schlangen, Unterkunftswagen, Trocknungskammern für Kleider und Zeltplanen, Anlagen, um Dampf und Warmwasser zu bereiten, müßten zumindest mit Darlehen unterstützt werden¹⁾. Auch den Bauherren muß nach §143 a AVAVG mehr als früher geholfen werden²⁾, insbesondere mußte der Innenausbau wieder gefördert werden³⁾, denn Außen- und Innenarbeiten greifen ineinander und werden zumeist von den gleichen Arbeitskräften ausgeführt. Geschieht dies in stärkerem Maße als bislang, so werden mehr Aufträge vergeben, die auch in der Swz durchgeführt werden, weil Az und Bauherren keine hohen Winterbaumehrkosten entstehen. Diese gezielte, verstärkte Förderung der Az und Bauherren wäre auch deshalb gerechtfertigt, weil dadurch in der Swz mehr gebaut werden würde und so Mittel für das "unproduktive" Swg eingespart werden könnten⁴⁾. - Wenn die BA erhöhte Schutzvorkehrungen bezahlen will, so kann^{sie} diese auch verlangen⁵⁾. - Außerdem müßte in viel stärkerem Maße als bisher mit vorgefertigten Teilen gearbeitet werden⁶⁾. - Möchte der Az seine Baustellen gegen die Witterung im Winter nicht wirksam schützen, so hätten seine Bauarbeiter dann keinen Anspruch auf Swg. Sie könnten jedoch zu "Winterbaufirmen" oder in andere Arbeitsplätze vermittelt werden.

- 1) Die bisherige Praxis -laut Bericht (BABl 62, S.886)-, wonach 70% aller Leistungen nach § 143 b AVAVG für auch im Sommer brauchbare Bauarbeiterunterkünfte verwendet werden, ist unhaltbar.
- 2) Vgl allgemein statt vieler GERLAND, a. a. O., S. 109/110, S. 142; a. A. statt vieler: IFO, S. 48 - 50, 70, 71, 74, 75, 87/88; HEMPELMANN, Gewogen, ABA 63, S. 79; MAIBAU, Ist eine Förderung nach § 143 a AVAVG sinnvoll? ABA 63, S. 113/114/114; Erfahrungsbericht II, S.15.
- 3) Vgl Winterbau-Richtlinien I, Nr 1, Abs 2, wieder in Kraft ab 30.10.63; auch im sozialpolitischen Ausschuß wurde dies überwiegend befürwortet, vgl Niederschrift I, S.3 und 4; eine Mittelmeinung vertritt der Bericht (BABl 62, S.885); a.A. statt vieler Erfahrungsbericht, S.9.
- 4) Darauf wurde auch im sozialpolitischen Ausschuß hingewiesen, vgl Niederschrift I, S. 6.
- 5) Daher richtig Winterbau-Richtlinien I, Nr 1, Abs 3; Erlaß II, 2.03; dies erkennt IFO, S. 37.
- 6) Vgl statt vieler GERLAND, a. a. O., S. 130 ff (133/134), 143/144; zu weitgehend IFO, S. 85/86.

Höhere, "verlorene" Zuschüsse an Ag und Bauherren ¹⁾,
nebst Winterschutzmaßnahmen als materieller Voraus-
setzung für die Gewährung von Swg, verbunden mit
einem finanziellen Anreiz für den Bauarbeiter, auch
im Winter durchzuarbeiten, würden wohl am stärksten
die ganzjährige Arbeit im Baugewerbe forcieren und
damit die Ausgaben an Swg erheblich senken. Dies
müßte jedoch ohne Aufschub geschehen, denn die Winter
64/65, 63/64 brachten für die BA finanzielle Belastun-
gen in ähnlicher Größenordnung wie der vorhergehende.

3.) Persönliche Voraussetzungen.

Die gesetzliche Regelung über den Ausschluß der
Stammarbeiter ist beizubehalten, weil sie gerecht-
fertigt ist und sich bewährt hat ²⁾. - Es wäre zu
erwägen, ob nicht Familienangehörige, die nach § 65
AVAVG versicherungsfrei sind, ohne "Meistersöhne"
zu sein, in Zukunft Anspruch auf Swg haben sollen ³⁾.
Sie werden durch den Ag im Betrieb ebenso wie jeder
andere Bauarbeiter behandelt ⁴⁾, was der Verfasser,
soweit seine eigenen Erfahrungen reichen, bestäti-
gen kann. - Abzulehnen ist der Gedanke, für den An-
spruch auf Swg bereits den Anspruch auf Lohnaus-
gleich genügen zu lassen, denn dies wäre systemwid-
rig ⁵⁾. - Die Worte "in der Kalenderwoche" in § 143
f I, Nr 2 AVAVG könnten gestrichen werden, da sie
überflüssig sind ⁶⁾.

1) Es müßte allerdings gewährleistet werden, daß
Zuschüsse nach § 143 a AVAVG wirklich dazu ver-
wendet werden, die Baustellen stärker zu schützen;
vgl zur bisherigen mißlichen Lage Erfahrungsbericht
S. 8/9.

2) Vgl Bericht, BABl 62, S. 892; "hs" (30 Millionen
Schlechtwettertage, ArbuSozPol 62, S. 152) be-
hauptet, daß Stammkräfte in die Regelung des Swg
"hineingeschoben" worden seien.

3) Dies wird im Schreiben II (S. 4 bis 5) gefordert.

4) So Schreiben II, S. 4 bis 5.

5) Vgl oben S. 62 ff.; mit anderer Begründung im Er-
gebnis ähnlich Bericht, BABl 62, S. 892.

6) Vgl oben S. 56.

2.) Die Prüfung der Voraussetzungen.

Die während des Winters 62/63 zahlreichen Eistage zwangen dazu, ohne weiteres die Anzeigen "anzuerkennen" und Swg zu gewähren. In vorhergegangenen und nachfolgenden Swz waren jedoch die Baustellenkontrollen ¹⁾ unzureichend, weil es an vorgebildetem Personal mangelte ²⁾. Es wurde Swg gewährt, obwohl es möglich gewesen wäre, die Arbeit fortzuführen, wenn man objektive Maßstäbe angelegt hätte ³⁾. Der Koordinierung der Maßnahmen zur Verhütung von Leistungsmißbrauch durch Erlaß II, 18.01 ist daher beizupflichten ⁴⁾.

III.) Erfahrungen mit den Verfahrensvorschriften.

1.) Anzeige des Arbeitsausfalls.

a) Heilung von Mängeln der Anzeige.

Da der Arbeitsausfall zumeist telefonisch angezeigt wurde, ist verhältnismäßig selten Streit darüber entbrannt, ob Anzeigen unverzüglich erstattet wurden ⁵⁾. Nach dem Sinn und Zweck des Erfordernisses der Unverzüglichkeit ⁶⁾ könnte eine verspätete Anzeige als unverzüglich erstattet aner-

1) Vgl Erlaß 11.10, 11.20, 2.41, 2.14; vgl auch den Erlaß des Bundesministers für Arbeit und Sozialordnung vom 23. 12. 1959 (III c 2/6450/59), auszugsweise abgedruckt bei KRANZ-HUBBERT, a. a. O., S. 217/218.

2) Vgl Erfahrungsbericht, S. 10; beachte aber Erlaß II, 18.01; der Bericht (BABl 62, S. 891) verharmlost diese Schwierigkeiten; vgl auch Erlaß 12.20; teils ebensol. GERLAND, a. a. O., S. 34/35.

3) Vgl Erfahrungsbericht S. 2 bis 3.

4) Hingegen begrüßte früher PULLER (a. a. O., Kvg 60, S. 51), daß davon abgesehen wurde, die Anspruchsvoraussetzungen zu prüfen!

5) Bericht, BABl 62, S. 98; neuerdings ist eine steigende Zahl solcher Auseinandersetzungen vor den SG festzustellen.

6) Vgl oben S. 85 ff (86).

kannt oder eine nicht erstattete Anzeige nachgeholt werden, wenn einwandfrei feststeht, daß an dem Tag, für den Arbeitsausfall wegen Sw anzuzeigen war, tatsächlich wegen Sw nicht gearbeitet werden konnte ¹⁾ ²⁾. Das ist im AVAVG kein Novum. Nach § 118 I, 2 AVAVG ist der Mangel des nicht rechtzeitigen Eingangs der Anzeige von Kurzarbeit heilbar ³⁾. - Auch kann eine verspätete telefonische Anzeige immer noch zeitlich früher eingehen als eine unverzügliche schriftliche Anzeige ⁴⁾. In § 143 I AVAVG sollte daher eine entsprechende Vorschrift eingefügt werden.

b) Rechtsgrundlage für "Entscheidungen" über den angezeigten Arbeitsausfall.

Es ist zu wünschen, daß die Entscheidung über die Anzeige als Verwaltungsakt, der eine Rechtsgrundlage hat, erzeihen könnte ⁵⁾ ⁶⁾. Hierzu wäre am einfachsten, zu normieren, daß § 188 I, 3 AVAVG entsprechend anzuwenden sei. ⁷⁾

2.) Pflichten der Betriebsvertretung.

Durch § 143 I, 2 AVAVG wird die Betriebsvertretung subsidiär verpflichtet ⁸⁾, die Anzeige zu erstatten. Diese Vorschrift sollte gestrichen werden ⁹⁾.

1) Sehr ähnlich Schreiben II, S. 3.

2) Zur derzeitigen Rechtslage vgl oben S. 122/123.

3) Vgl DRAEGER- Buchwitz- Schönefelder, a.a.O., § 118 AVAVG Anm 5; ähnlich KREBS, a.a.O., § 118 AVAVG Anm 3,4.

4) Vgl das ⁱⁿ Schreiben II (S. 3) gebrachte Beispiel; vgl auch oben S. 86.

5) Zur derzeitigen Lage vgl oben S. 119/120, 120/121.

6) Andeutungsweise auch CZICZOR, a.a.O., RdA 60, S. 369.

7) Der Bescheid müßte aber nicht nur dem Anzeigenden, sondern auch dem Ag oder der Betriebsvertretung **erteilt** werden; dadurch könnten verschiedene Standpunkte ausgeschlossen werden, sobald der Verwaltungsakt unanfechtbar geworden ist.

8) Vgl oben S. 112 ff, 88.

9) Ebenso Schreiben II, S. 5.

Einmal ist es schwierig, die "Unverzüglichkeit" abzustekken, wenn die Betriebsvertretung anzeigt ¹⁾. Außerdem wurde manchmal nicht weitergearbeitet, obwohl dies der Ag angeordnet hatte, weil die Betriebsvertretung oder von ihr beauftragte Bauarbeiter ²⁾ Arbeitsausfall wegen Sw angezeigt und Swg zugesichert erhalten hatten. Die Bauarbeiter warfen dann dem Ag vor, er handle rücksichtslos ³⁾. Der mit der Anzeigepflicht bezweckte Schutz der Bauarbeiter ⁴⁾ ist überflüssig, weil jeder Ag, der einstellen läßt, Sw anzeigt und Swg beantragt, schon um nicht Lohn zahlen zu müssen ⁵⁾ oder Schadensersatzpflichtig zu werden ⁶⁾. Daher ist auch die Pflicht der Betriebsvertretung nach § 143 I II, 3 AVAVG ⁷⁾, den Antrag auf Swg einzureichen, entbehrlich. Dadurch würde eine -wenn auch nur theoretische- Haftung der Betriebsvertretung ⁸⁾ vermieden. Mit ihren Rechten aus § 54 II BetrVerfG ⁹⁾ kann sie ^{nämlich} ihre Pflicht aus § 54 I b BetrVerfG beim besten Willen nicht erfüllen ¹⁰⁾, d.h. sie hat nach dem BetrVerfG keine ausreichende Kontrollmöglichkeit darüber, ob der Ag Sw anzeigt und Swg beantragt. Dadurch scheidet Fahrlässigkeit der Betriebsvertretung aus, wenn sie nicht überwacht, ob der Ag seine Pflichten erfüllt, die Haftung der Betriebsvertretung entfällt.

Wegen der rechtlichen Bedeutungslosigkeit der Stellungnahme der Betriebsvertretung gemäß § 143 I II, 2 AVAVG ¹¹⁾ könnte auch diese entfallen.

1) Vgl oben S. 88/89.

2) Vgl oben S. 110/111.

3) Ebenso Schreiben II, S. 5; vgl auch Erfahrungsbericht (S. 2), Erlaß (2.13, f); vgl ferner GERLAND, a. a. O., S. 86, etwas anders S. 141, 143.

4) Vgl oben S. 112.

5) Vgl oben S. 126 ff.

6) Vgl oben S. 114 ff, 117.

7) Vgl oben S. 112 ff.

8) Vgl oben S. 116/117.

9) Vgl oben S. 113.

10) Vgl oben S. 113.

11) Vgl oben S. 103 ff (104).

3.) Sonstiges.

Die Ausschlußfrist des § 143 I II, 2 AVAVG für den Antrag auf Swg erscheint angemessen. Sie hat bisher -soweit ersichtlich- wohl auch deshalb keine Einwände hervorgerufen, weil auf den Ablauf der Frist durch Rundschreiben und Presseveröffentlichungen hingewiesen wird ¹⁾. Die Vorschrift des § 143 I III AVAVG könnte gestrichen werden, da sie ohne eigenen Wert ist ²⁾.

IV. Erhöhung der sozialen Sicherheit der Bezieher von Swg.

Nur kurz können kritisch einige Vorschläge zu Vorschriften, die der sozialen Sicherheit der Bezieher von Swg dienen ³⁾, beleuchtet werden.

Die Neufassung des § 143 g AVAVG durch das 5. ÄndG⁴⁾ ist zu begrüßen, jedoch arbeitet sie ebenfalls mit sehr weitgehenden Fiktionen. Nach § 143 g II, 2 AVAVG in der bis zum 31.10.63 geltenden Fassung waren freiwillige Zuschüsse der Ag zum Swg auf dieses nicht anzurechnen ⁵⁾, denn eine § 121 I AVAVG entsprechende Vorschrift fehlte. Die Rechtslage ab 1.11.63 hat sich insoweit nicht geändert, denn nach § 143 g II, 2 AVAVG in der ab 1.11.63 geltenden Fassung bleiben einmalige Zuwendungen außer Betracht. Es fragt sich aber, ob dies nicht vorgeschrieben werden müßte ⁶⁾, denn durch die Zu-

1) Vgl Erlaß 9.23.

2) Vgl oben S. 147.

3) Vgl oben S. 7.

4) Vgl auch oben S. 15 mit FN 2), 3), 4).

5) Im Ergebnis auch Bericht, BABl 62, S. 892; vgl auch oben S. 75.

6) Die Bundesregierung will lt. Bericht (BABl 62, S. 892) abwarten.

schüsse wird jeder Anreiz zur Weiterarbeit vermindert, weil das Swg und die Zuschüsse zusammen oft die Höhe des ausgefallenen Entgelts erreichen.

Der Mehraufwand an Barleistungen, der den Krankenkassen nach § 143 i AVAVG in der bis zum 31.10.63 geltenden Fassung entstand, wurde diesen gemäß §§ 143 i, 124 II AVAVG mit § 1 der 11. DVO pauschal erstattet. Ob dadurch der Aufwand der Krankenkassen ausreichend gedeckt wurde, war früher heftig umstritten ¹⁾. "Das Pauschale" ²⁾ dürfte sich aber bewährt haben ³⁾. Dabei sind grundsätzliche Fragen zusammen mit den Problemen zu überlegen, die sich ergeben, sobald begonnen wird, die Krankenversicherung und die Lohnfortzahlung im Krankheitsfalle grundlegend neu zu regeln ⁴⁾. Dem paßt sich die ab 1.11.63 geltende Fassung des § 143 i AVAVG in Verbindung mit Art. III des 5. ÄndG und der 11. DVO, die danach fortgilt, an ⁵⁾. - Es wurde nur selten angeordnet, daß sich die Empfänger von Swg beim AA zu melden haben ⁶⁾. Deshalb wurde kaum wirksam, daß der Unfallversicherungsschutz der meldepflichtigen Bezieher von Swg auf Wege zwischen Wohnung und Meldestelle erweitert worden war ⁷⁾.

1) Vgl statt vieler verneinend: "gpk", Schlechtwettergeld, DVZ 60, S. 68 und 69 (68); HILLEBRAND, a.a.O., KVg 61, S. 75, 76; PLOCK, a.a.O., Sozialversicherung 60, S. 233; anonym, Rückblick und Ausblick an der Jahreswende, ErSK 60, S. 1 ff (6); vgl statt vieler bejahend: KRANZ, Nochmals zur Frage der Krankenversicherung der Schlechtwettergeldbezieher, Arbeiterversorgung 61, S. 234 ff (237 und 238); aufgeschlossener KRANZ, Das Zweite Änderungsgesetz zum AVAVG, BKK 59, Spalte 653 ff (657, 658); abwägend CZICZOR, a.a.O., RdA 60, S. 369; vgl auch BT-Drucksache 1294, S. 3; WERDERMANN, a.a.O., KVg 59, S. 280.

2) Vgl den Text des § 1 II der 11. DVO: der Gesetzgeber wählt hier das ältere Neutrum anstatt des Femininum; vgl dazu DER GROSSE BROCKHAUS, 16. Auflage, Wiesbaden 1956, Neunter Band, S. 29.

3) Vgl Bericht, BABl 62, S. 893; vgl auch oben S. 64/65.

4) Vgl BT-Drucksache 1240, S. 3; vgl Bericht, BABl 62, S. 893.

5) Zur Entstehungsgeschichte der Neufassung vgl BT-Drucksache IV/1312, S. 3, 6, 8, 9; BT-Drucksache IV/1493, S. 4; zu BT-Drucksache IV/1493, S. 2.

6) Bericht, BABl 62, S. 892; vgl auch oben S. 79 mit FN 7).

7) Vgl § 143 k AVAVG.

C) Schlußbemerkung.

In den vorstehenden Kapiteln wurden die zur Zeit geltenden Vorschriften über die Voraussetzungen und das Verfahren bei der Gewährung von Swg und ihre Auswirkungen untersucht. Daraus wurde gefolgert, daß es unumgänglich sei, einzelne Vorschriften zu ändern bzw. zu ergänzen. Angesichts der Betriebsamkeit, mit der heute Sozialgesetze verabschiedet werden ¹⁾, ist es einerseits genugtuend, daß sich die Vorschriften über das Swg überwiegend bewährt haben ²⁾, andererseits können die hier vorgeschlagenen Verbesserungen, die sich -wie ausgeführt- zumeist nicht erreichen lassen, ohne daß das Gesetz geändert wird ³⁾, rascher normiert werden. Dabei wird nicht verkannt, daß dies voraussetzt, daß sie zu Gehör gebracht werden können und zu überzeugen vermögen. Dies gilt vor allem für die Vorschläge, von denen der Verfasser annimmt, daß sie ohne Aufschub verwirklicht werden müssen, um die Bautätigkeit im Winter erheblich zu steigern. Zwar wurden die Vorschriften über das Swg ab 1.11.63 teils neu geregelt, aber diese Änderungen beziehen sich im wesentlichen nur auf die Berechnung des Swg und die Krankenversicherung ihrer Bezieher, ohne Vorschriften zu enthalten, die direkt dazu bestimmt sind, die ganzjährige Arbeit zu fördern. - Da das 3. ÄndG bereits knapp ein Jahr nach Erlaß des 2. ÄndG in Kraft trat ⁴⁾, mittlerweile aber mehr als vier Jahre seit Erlaß des 3. ÄndG verstrichen sind, wären diese Neufassungen

1) So KNOBLOCH, Erfolgreicher Winterbau, ArbuSozPol 62, S. 359 ff (360).

2) Vgl oben S. 161 ff, 168 ff; sehr gute Zeugnisse stellen den Normen KNOBLOCH (wie FN 1) und Bericht (BABl 62, S. 883) aus; vgl auch IFO, S. 65.

3) Grundsätzlich a.A. ist die Bundesregierung, vgl Bericht, BABl 62, S. 898.

4) Bericht (BABl 62, S. 884) geht darüber stillschweigend hinweg.

auch nicht vorschnell ¹⁾. - Auch bei Erlaß des 3. ÄndG nahm die Bundesregierung an, daß unumgängliche Änderungen trotz der kurzen Frist vorgenommen werden müßten ²⁾, was begrüßt wurde ³⁾.

1) Grundsätzlich a.A. ist die Bundesregierung, vgl Bericht, BABl 62, S. 898.

2) Vgl BT-Drucksache 2044, S. 3, vgl auch S. 5.

3) Vgl BT-Drucksache 2094, S. 2; vgl auch KRANZ-HUBBERT, a.a.O., Einführung S. 92.

L e b e n s l a u f

Am 16. Dezember 1938 wurde ich als Kind der kaufmännischen Angestellten Hildegard Link und des Spielwarengroßhändlers Gustav Adolf Geiger in Augsburg geboren.

Von 1945 bis 1949 besuchte ich die Volksschule in Nürnberg. Anschließend trat ich in die Hans-Sachs-Oberrealschule in Nürnberg ein, die ich 1955 verließ, um an die Oberrealschule mit Gymnasium in Dinkelsbühl überzuwechseln. Dort bestand ich im Juli 1958 die Reifeprüfung. Danach studierte ich an der Friedrich-Alexander-Universität zu Erlangen-Nürnberg sieben Semester Jurisprudenz und legte im Juli 1962 die erste juristische Staatsprüfung ab. Seit September 1962 stehe ich als Rechtsreferendar im Vorbereitungsdienst.

Durch die praktische Tätigkeit während der Schul- und Semesterferien -auch innerhalb der gesetzlichen Schlechtwetterzeit- als Helfer in verschiedenen Bauberufen wurde ich schon früher an Fragen des Arbeits- und Sozialversicherungsrechts herangeführt.

1875

1876

1877

1878

1879

1880

1881

1882

1883

1884

1885

1886

1887

1888

1889

1890

1891

1892

1893

1894

1895

1896

1897

1898

1899

1900

1901

1902

1903

1904

1905

1906

1907

1908

1909

1910

1911

1912

1913

1914

1915

1916

1917

1918

1919

1920

1921

1922

1923

1924

1925

1926

1927

1928

1929

1930

1931

1932

1933

1934

1935

1936

1937

1938

1939

1940

1941

1942

1943

1944

1945

1946

1947

1948

1949

1950

1951

1952

1953

1954

1955

1956

1957

1958

1959

1960

1961

1962

1963

1964

1965

1966

1967

1968

1969

1970

1971

1972

1973

1974

1975

1976

1977

1978

1979

1980

1981

1982

1983

1984

1985

1986

1987

1988

1989

1990

1991

1992

1993

1994

1995

1996

1997

1998

1999

2000

2001

2002

2003

2004

2005

2006

2007

2008

2009

2010

2011

2012

2013

2014

2015

2016

2017

2018

2019

2020

2021

2022

2023

2024

2025

2026

2027

2028

2029

2030

2031

2032

2033

2034

2035

2036

2037

2038

2039

2040

2041

2042

2043

2044

2045

2046

2047

2048

2049

2050

2051

2052

2053

2054

2055

2056

2057

2058

2059

2060

2061

2062

2063

2064

2065

2066

2067

2068

2069

2070

2071

2072

2073

2074

2075

2076

2077

2078

2079

2080

2081

2082

2083

2084

2085

2086

2087

2088

2089

2090

2091

2092

2093

2094

2095

2096

2097

2098

2099

2100

Fotodruck

- Wiltrud Hogl, Erlangen, Brüxer Straße 9, (Nähe Röthelheimbad) Telefon 1636 -